Die Übernahme der Strafverfolgung nach künftigem schweizerischem Recht

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern,

vorgelegt von

Niklaus Witschi

von Langnau i. E.

1977

Buchdruckerei Stämpfli & Cie AG Bern

Die Übernahme der Strafverfolgung nach künftigem schweizerischem Recht

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern,

vorgelegt von

Niklaus Witschi

von Langnau i. E.

1977

Buchdruckerei Stämpfli & Cie AG Bern

Die Fakultät hat diese Arbeit am 16. Dezember 1976 auf Antrag von Prof. Dr. iur. Hans Schultz als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Die gleiche Arbeit ist im Verlag Stämpfli & Cie AG Bern erschienen als Heft 449 der Reihe

Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR

begründet von †Prof. Dr. Max Gmür, fortgesetzt durch †Prof. Dr. Theo Guhl, herausgegeben von Dr. Hans Merz, Professor der Rechte an der Universität Bern.

©
Verlag Stämpfli & Cie AG Bern · 1977
Rechnergesteuerter Filmsatz, Offsetdruck
und Buchbinderarbeit Stämpfli & Cie AG Bern
Printed in Switzerland
ISBN 3-7272-0302-1

Meiner Frau

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort ... 11
Schrifttum ... 13
Abkürzungen ... 18

Einleitung ... 21

§ 1 Strafpflicht, Geltung des Strafgesetzes und Strafgerichtsbarkeit ... 21

I. Die uneinheitliche Terminologie ... 21
II. Die Strafpflicht ... 21
1. Das subjektive Strafrecht ... 21
2. Die Strafpflicht ... 23
III. Geltung und Anwendung des Strafgesetzes ... 24
1. Die Geltung der Verhaltensnormen und ihre Erzwingung durch die Drohung mit Strafe ... 24
2. Die Zuständigkeit zur Verfolgung und Ahndung strafbaren Verhaltens (internationalstrafrechtliche Zuständigkeit) ... 27
IV. Die Strafgerichtsbarkeit ... 28

1. Teil: Die Grundlagen der Übernahme der Strafverfolgung unter Berücksichtigung der Konventionen des Europarats über die Kompetenzverteilung ... 30

§ 2 Übernahme der Strafverfolgung, Kompetenzverteilung und internationale Zusammenarbeit in Strafsachen ... 30

I. Die Übernahme der Strafverfolgung als selbständiges Institut der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen oder als Erscheinungsform der zwischenstaatlichen Kompetenzverteilung ... 30
1. Terminologie ... 30
2. Begründungen ... 31
a) Das Motiv für die als selbständiges Institut der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen auftretende Übernahme der Strafverfolgung ... 31
b) Begründung und Rechtfertigung der Kompetenzverteilung ... 33
aa) Im allgemeinen ... 33
bb) Rechtfertigung der Zuständigkeitsausübung mit der der besseren Wiedereingliederungsmöglichkeit des Straftäters ... 35
cc) Überwiegend verfahrensrechtliche Rechtfertigung der Zuständigkeitsausübung ... 37
II. Die Kompetenzverteilung als Bestandteil der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen ... 37
1. Von der klassischen Rechtshilfe zur internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen ... 37
2. Hauptgrundsätze der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen ... 40
a) Prinzipielle Überlegungen ... 40
b) Die beidseitige Strafbarkeit ... 41
aa) Im allgemeinen ... 41
bb) Die beidseitige Strafbarkeit in den Konventionen des Europarats ... 44
aaa) Grundsätzlich ... 44
bbb) Die Verjährung ... 44

ccc) Der Strafantrag ... 46
c) Die Prozessvoraussetzungen ... 47
aa) Im allgemeinen ... 47
bb) Ne bis in idem ... 49
d) Politische, militärische, fiskalische und ähnliche Taten ... 51
e) Andere Grundsätze ... 52
3. Das Verhältnis der Kompetenzverteilung zur Auslieferung ... 53
a) Komplementärverhältnis ... 53
b) Subsidiarität ... 53
c) Gleichwertigkeit ... 54
4. Kriterien zum Entscheid über die im Einzelfall anwendbare Form der Kompetenzverteilung ... 55
a) Das Abstellen auf die Umstände des Einzelfalls ... 55
b) Das Vorhandensein eines rechtskräftigen und vollstreckbaren Urteils ... 55
c) Die Möglichkeit der Gesamtstrafenbildung, die Einheit von Verfolgung und Vollstreckung und die Beachtung rechtsstaatlicher Schranken ... 55
d) Der tatsächliche Aufenthalt des Verfolgten ... 57
aa) Im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts ... 57
bb) Im Tatortstaat ... 57
e) Das Anliegen des durch die strafbare Handlung Verletzten ... 58

§ 3 Zwischen- und innerstaatliche Aspekte der Kompetenzverteilung ... 58

I. Die Kompetenzverteilung als zwischenstaatlicher Vertrag ... 58
1. Die Vertragsnatur ... 58
2. Das Merkmal der Zwischenstaatlichkeit ... 59
II. Der Gegenstand des zwischenstaatlichen Vertrages ... 59
III. Abschluss, Anfechtung und Dahinfallen des zwischenstaatlichen Vertrages ... 60
1. Das materielle Vertragsrecht ... 60
a) Der Vertragsschluss ... 60
b) Anfechtung und Auflösung des Vertrages ... 60
aa) Der fehlerhafte Vertragsschluss ... 60
bb) Die Auflösung des Vertrages ... 62
cc) Die Regelung der Anfechtungs- und Auflösungstatbestände in den Konventionen des Europarats insbesondere ... 63
c) Die Nichterfüllung des Vertrages ... 65
2. Zum formellen Vertragsrecht ... 66
a) Die Zuständigkeit im zwischenstaatlichen Verkehr ... 66
b) Form, Inhalt und Begleitstücke von Ersuchen ... 66
c) Mitteilungspflichten ... 66
IV. Die Wirkungen des zwischenstaatlichen Vertrages ... 66
1. Die Wirkungen im ersuchenden Staat ... 66
a) Der Verzicht auf das eigene Straf- und (oder) Vollstreckungsverfahren und die Anerkennung der durch den ersuchten Staat bewirkten materiellrechtlichen Erledigung ... 66
b) Begnadigung und Amnestie ... 67
2. Die Wirkungen im ersuchten Staat ... 68
a) Die Durchführung eines Straf- und (oder) Vollstreckungsverfahrens ... 68
b) Die Wiederaufnahme des Verfahrens ... 69
c) Begnadigung und Amnestie ... 70
V. Das Ersuchen, der Entscheid darüber und die zwischenstaatliche Vereinbarung aus innerstaatlicher Sicht ... 71
1. Die Stellung eines Ersuchens ... 71
a) Zulässigkeit ... 71

b) Voraussetzungen ... 72
c) Wirkungen ... 72
2. Der Entscheid über das Ersuchen ... 73
a) Annahme ... 73
b) Ablehnung ... 74
3. Die materielle Rechtskraft des innerstaatlichen Verwaltungsakts und die Ausübung der Gestaltungsrechte zur Anfechtung bzw. Auflösung des zwischenstaatlichen Vertrags ... 74
a) Die Kontroverse um die materielle Rechtskraft von Verwaltungsakten ... 74
b) Die Revision der Verfügung ... 75
c) Die Änderung der Verhältnisse ... 75

§ 4 Rechtsstaatliche Schranken der Übernahme der Strafverfolgung ... 76
I. Die einzelnen Gesichtspunkte ... 76
1. Das anwendbare materielle Recht ... 76
a) Die allgemeine Problematik der Fremdrechtsanwendung ... 76
b) Die Anwendung der lex fori unter rechtsstaatlichen Aspekten ... 77
2. Die Garantie des gesetzlichen Richters ... 79
a) Begründung und Rechtsnatur ... 79
b) Inhalt ... 79
c) Sinngemässe Berücksichtigung der Richtergarantie im Bereich der zwischenstaatlichen Zuständigkeitsvereinbarung und Anwendung der gewonnenen Erkenntnisse auf die Ordnung der KÜStrV ... 80
3. Das Verbot der Schlechterstellung des Verfolgten ... 83
a) Im allgemeinen ... 83
b) Die Wahrung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes ... 84
II. Die Anhörung des Verfolgten ... 87
1. Die Notwendigkeit der Anhörung ... 87
2. Die Wirkung der Zustimmung des Verfolgten zur Übernahme der Strafverfolgung 88
a) Die Rechtfertigung von Grundrechtsverletzungen durch Zustimmung ... 88
b) Die Relativität der Zustimmung zur Übernahme der Strafverfolgung und die Anrufung von Beweismitteln durch den Verfolgten im Strafverfahren ... 89

2. Teil: Die Übernahme der Strafverfolgung im Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen nach dem Entwurf des Bundesrates vom 8. März 1976 ... 91

1. Abschnitt: Das Rechtshilfegesetz im allgemeinen ... 91

§ 5 Inhalt und Anwendung ... 91

I. Inhalt und Gliederung ... 91
II. Anwendung ... 92
1. Sachliche Anwendung ... 92
2. Zeitliche Anwendung ... 92
3. Persönliche Anwendung ... 93

§ 6 Der Vorbehalt wesentlicher Landesinteressen und die Ausschlussgründe des allgemeinen Teils im Verhältnis zur Übernahme und zur Übertragung der Strafverfolgung ... 93

I. Der Vorbehalt wesentlicher Landesinteressen ... 93
II. Das Verfahren im Ausland ... 94
III. Die Art der Straftat ... 95
1. Politische, militärische und ähnliche Delikte ... 95

2. Fiskalische und wirtschaftspolitische Straftaten ... 95
3. Die Bedeutung der Tat ... 96
IV. Die Wirkungen einer materiellrechtlichen Erledigung der Strafsache in der Schweiz oder im Tatortstaat ... 96
1. Im allgemeinen ... 96
2. Der Freisprechung des Angeschuldigten ... 96
3. Die Hinderung der Ausübung der Strafpflicht ... 97
4. Der Untergang der Strafpflicht ... 98

2. Abschnitt: Übernahme und Durchführung der Strafverfolgung durch die Schweiz ... 99

§ 7 Die materiellen Voraussetzungen ... 99

I. Die Rolle der Gerichtsbarkeit ... 99
1. Die Gerichtsbarkeit des ersuchenden Staates ... 99
a) Im allgemeinen ... 99
b) Die Beschränkung auf den Tatortstaat ... 99
2. Die Gerichtsbarkeit der Schweiz ... 100
a) Die Notwendigkeit einer eigenen Zuständigkeit zur Verfolgung und Ahndung der im Ausland begangenen Straftat ... 100
b) Die unabhängige internationalstrafrechtliche Zuständigkeit der Schweiz als Grund die Anwendbarkeit von Art. 82 ff IRSG auszuschliessen ... 100
c) Das Verhältnis zwischen Art. 82 ff IRSG und den von einem ausländischen Ersuchen abhängigen Zuständigkeiten des schweizerischen Rechts ... 101
aa) Art. 372 StrGB und Art. 101 SVG als Zuständigkeiten im Sinne von Art. 82 al. 3 IRSG? ... 101
bb) Lex posterior generalis non derogat legi speciali anteriori ... 101
cc) Die eigene Lösung ... 102
II. Die Rechtfertigung der Übernahme ... 102
1. Kriterien für die Auslegung ... 102
a) Die durch das IRSG verfolgten Ziele ... 102
b) Die Entstehungsgeschichte von Art. 82 IRSG ... 103
aa) Der VE PA ... 103
bb) Die Beratungen in der Expertenkommission ... 104
2. Die Rechtfertigung im Einzelfall und das materiellrechtliche Verhältnis zur Auslieferung ... 106
a) Die nicht zulässige Auslieferung ... 106
aa) Nichtauslieferungsdelikte ... 106
bb) Weitere Fälle nicht zulässiger Auslieferungen ... 108
b) Die zulässige, aber nicht gerechtfertigte Auslieferung ... 108
aa) Die Resozialisierung des Rechtsbrechers ... 108
bb) Der Einfluss eines gleichzeitigen inländischen Strafverfahrens ... 111
3. Das materiellrechtliche Verhältnis zur Übernahme der Vollstreckung ... 111
4. Würdigung der gesetzlichen Lösung ... 112
III. Beidseitige Strafbarkeit und Prozessvoraussetzungen ... 113
1. Die beidseitige Strafbarkeit und die Berücksichtigung der Prozessvoraussetzungen 113
2. Die Verfolgungsverjährung ... 113
3. Der Strafantrag ... 114
IV. Weitere Voraussetzungen ... 114
1. Die Anerkennung der in der Schweiz bewirkten materiellrechtlichen Erledigung der Strafsache durch den ersuchenden Staat ... 114
2. Wichtige Gründe ... 114

§ 8 Die zwischenstaatliche Vereinbarung der Übernahme der Strafverfolgung (siehe auch § 3) 115
I. Abschluss, Anfechtung und Auflösung ... 115
1. Abschluss ... 115
2. Anfechtung und Auflösung ... 116
a) Im allgemeinen ... 116
b) Die Ausübung der Gestaltungsrechte durch die Schweiz insbesondere ... 116
aa) Grundlagenirrtum ... 116
bb) Die Änderung der Verhältnisse ... 117
II. Das zwischenstaatliche Verfahren ... 118
1. Die Zuständigkeit zur Stellung eines Ersuchens ... 118
2. Entgegennahme und Prüfung des Ersuchens ... 118
3. Die Mitteilung des Entscheides ... 118

§ 9 Bemerkungen zum innerstaatlichen Verfahren ... 119
I. Begründung und Gegenstand ... 119
II. Parteien ... 119
III. Grundzüge des Entscheidungs- und Rechtsmittelverfahrens ... 120
1. Die Anordnung der Übernahme durch die PA ... 120
2. Die Einsprache gegen die Anordnung der PA ... 122
3. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ... 122
IV. Vorläufige Massnahmen ... 123

§ 10 Die Besonderheiten der schweizerischen Strafverfolgung ... 124
I. Formellrechtliche Besonderheiten ... 124
1. Die rechtliche Natur und der Rechtsgrund des Verfahrens vor der Strafverfolgungsbehörde ... 124
2. Bundesgerichts- und kantonale Gerichtsbarkeit ... 126
3. Die örtliche Zuständigkeit ... 126
4. Die Kognition der Strafverfolgungsbehörden ... 127
5. Die Nichteröffnung und Einstellung der Strafverfolgung aus prozessualen Gründen ... 128
6. Die tatsächliche Gleichwertigkeit der ausländischen Untersuchungshandlungen 128
7. Die Ausdehnung der Strafverfolgung ... 129
8. Der Ausschluss des Abwesenheitsverfahrens ... 129
9. Das Schicksal der ausländischen Verfahrenskosten ... 129
10. Die Rechtsmittel ... 129
11. Der Vollzug der Sanktion ... 130
12. Die Begnadigung ... 130
II. Materiellrechtliche Besonderheiten ... 130
1. Die Abhängigkeit von der lex loci ... 130
2. Die Anwendung der lex mitior ... 131
3. Die Anrechnung der ausländischen Untersuchungs- und Strafhaft ... 131
4. Der Verzicht auf die Landesverweisung ... 131

3. Abschnitt: Die Übertragung der schweizerischen Strafverfolgung an das Ausland ... 132

§ 11 Voraussetzungen ... 132
I. Die besondern materiellen Voraussetzungen ... 132
1. Die Rolle der Gerichtsbarkeit ... 132

2. Die Rechtfertigung der Übertragung 133
a) Der Aufenthalt des Verfolgten im ersuchten Staat 133
aa) Die unzulässige Auslieferung an die Schweiz 133
bb) Die zulässige, aber nicht gerechtfertigte Auslieferung an die Schweiz 133
b) Der Aufenthalt des Verfolgten in der Schweiz 133
c) Schweizerbürger 134
3. Zur Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der Tat 135
II. Bemerkungen zur Stellung eines Ersuchens 135

§ 12 Wirkungen 135

I. Die Sperrwirkung der Übernahme der Strafverfolgung 135
II. Die Anerkennung der im ersuchten Staat bewirkten materiellrechtlichen Erledigung der Strafsache 136

Vorwort

Die herkömmliche internationalstrafrechtliche Zuständigkeitsordnung verpflichtet häufig Gerichte des Inlands, Personen mit Lebensgrundlage im Ausland zu verfolgen. Nicht selten müssen in den einheimischen Strafanstalten an solchen Menschen Freiheitsstrafen vollzogen werden.

Dieser Zustand befriedigt um so weniger, als in den letzten Dezennien wegen der zunehmenden wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und politischen Verflechtung der Staaten und des Massentourismus die Zahl der Ausländer, die sich kurzfristig im Inland aufhalten, sprunghaft in die Höhe geschnellt ist. Proportional damit stieg die Häufigkeit der Delinquenz solcher Personen.

Von ähnlichen Entwicklungen in den nordischen Staaten und den Benelux-Ländern geleitet, schuf der Europarat von 1964 bis 1972 vier Konventionen, die es – auf einen Nenner gebracht – ermöglichen sollen, die Verfolgung eines Straftäters oder die Vollstreckung einer gegen ihn verhängten Sanktion (Strafe oder Massnahme) in dem Staate durchzuführen, wo die Aussichten für seine soziale Wiedereingliederung am günstigsten erscheinen. Der hiezu zuständige Staat wird durch Vereinbarung im Einzelfall bestimmt (Prinzip der Kompetenzverteilung).

1968 stellte die Polizeiabteilung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements einen Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen vor. Diese Vorlage wurde durch eine verwaltungsunabhängige Expertenkommission in 25 Sitzungen überarbeitet. Heute liegt vor den eidgenössischen Räten ein Entwurf des Bundesrates vom 8. März 1976 [1]. Das Gesetz soll nicht nur eine Totalrevision des seit 1892 geltenden BG über die Auslieferung verwirklichen und die Grundsätze der keinen Rechtshilfe regeln, sondern übernimmt auch die im Europarat weiterentwickelten Formen der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen wie die Übernahme der Strafverfolgung und der Vollstreckung fremder Strafentscheide und die Übertragung derselben an das Ausland.

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Übernahme der Strafverfolgung, stellt ihre Grundlagen am Beispiel der Konventionen des Europarats dar und erläutert die diesbezüglichen Bestimmungen im Entwurf des Bundesrates. Die Betrachtung der Zusammenhänge ging der tiefschürfenden Behandlung von Einzelfragen vor.

[1] Botschaft BBl *1976* II 444ff, Gesetzestext BBl *1976* II 491 ff. Der Entwurf wird zur Zeit von der ständerätlichen Kommission durchberaten. Nach Auskunft von Dr. C. Markees ist nicht zu erwarten, dass an den Bestimmungen über die Übertragung der Strafverfolgung noch Grundlegendes geändert wird.

Besonderer Dank gebührt Herrn Prof. Dr. Hans Schultz für die uneingeschränkte Freiheit, die er dem Verfasser zur Behandlung des Themas gewährte, und die rasch erfolgte Durchsicht des Manuskriptes. Dankend erwähnt sei auch Herr Dr. Curt Markees, wissenschaftlicher Adjunkt bei der Polizeiabteilung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, für die stets zuvorkommend erteilten Auskünfte und Hinweise sowie die zur Verfügung gestellten Materialien.

Münsingen, den 15. November 1976 N. Witschi

Schrifttum

1. Lehrbücher, Kommentare und Monographien
(Die Arbeiten werden, wo nichts angemerkt ist, nur mit dem Verfassernamen zitiert.)

Baumann Jürgen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Auflage 1975 (Baumann, AT).

Berber Fr., Lehrbuch des Völkerrechts, Band 1, 2. Auflage, München 1975.

van Bemmelen Jacob Maarten, Le droit pénal international, Recueil d'Etudes en Hommage à ..., Leiden 1965.

– La loi pénale étrangère, Rapport général prov. sur la question de l'application de la loi pénale étrangère par le juge naturel, Revue internationale de droit pénale *31* (1960) 612ff (van Bemmelen, Revue *31* [1960]).

Bettermann Karl August, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: Die Grundrechte, Band III/2, Berlin 1959, 523ff.

Binding Karl, Handbuch des Strafrechts, 1. Bd. 1885 (Binding, Handbuch).

Boehlen Marie, Kommentar zum schweizerischen Jugendstrafrecht, Bern 1975.

Breukelaar W./Mulder A., Das internationale Strafrecht als Mittel zur gerechten Bestrafung, Festschrift Grützner 1970, 30ff (Breukelaar/Mulder, FS Grützner).

von Cleric G. F., Die Beziehungen zwischen jus puniendi und Anwendung des Strafgesetzbuches im internationalen Strafrecht, speziell nach künftigem schweizerischem Recht, SJZ *14* (1917/18) 369 (von Cleric, SJZ *14* [1917/18]).

– Die Anwendung ausländischen Strafrechts durch den inländischen Richter, ZStrR *37* (1924) 52 (von Cleric, ZStrR *37* [1924]).

– Das sogenannte stellvertretende Strafrecht (Strafverfolgungsübernahme), Festschrift Zürcher 1920, 128ff (von Cleric, FS Zürcher).

Conseil de l'Europe, Strasbourg, Rapport explicatif concernant la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, 1972 (RE 1972).

– Rap. expl. sur la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs, 1970 (RE 1970).

– Rap. expl. sur la Convention européenne pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition, 1970 (RE 1964 I).

– Rap. expl. sur la Convention européenne pour la répression des infractions routières, 1970 (RE 1964 II).

– Rap. expl. sur la Convention européenne d'extradition, 1969 (RE AuslK).

– Rap. expl. sur la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, 1969.

– Unification des concepts juridiques de «domicile» et de «résidence», 1972.

– Aspects juridiques de l'extradition entre Etats européens, 1970 (Aspects).

Cornil P., Essais de collaboration, sur le plan européen, dans le domaine des infractions routières, Dr. pén. europ. 535ff.

Dahm Georg, Völkerrecht, Band 1, Stuttgart 1958 (Dahm I), Band 3, Stuttgart 1961 (Dahm III).

Donnedieu de Vabres H., Les principes modernes du droit pénal international, Paris 1928 (Donnedieu de Vabres, Principes).

– Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3. Auflage, Paris 1947 (Donnedieu de Vabres, Traité).

Les Droits de l'Homme en droit interne et en droit international, Bruxelles 1968.

Droit pénal européen, Bruxelles 1970 (Dr. pén. europ.).

Duk W., Collaboration au sein du Benelux pour la lutte contre les délits fiscaux et économiques, in: Le droit pénal international, Recueil en hommage à van Bemmelen, Leiden 1965, 146ff.

Durpreel J., Les principes communs adoptés au plan européen dans le domaine de la probation et autres mesures conditionnelles, Dr. pén. europ. 459ff.

Fleiner Fr./Giacometti Z., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949.

FRANCK PIERRE, Extradition et droit pénal européen, Festschrift Grützner 1970, 54ff.
FRANK RICHARD, Festgabe für ..., Band I und II, Tübingen 1930 (FS Frank I, II).
GAUTSCHI GEORG, Kommentar zu Art. 394–406 OR, Berner Kommentar, Band VI, Bern 1971.
GERMANN OSCAR ADOLF, Rechtsstaatliche Schranken im Internationalen Strafrecht, ZStrR *69* (1954) 237ff (GERMANN, ZStrR *69* [1954]).
– Zum strafprozessrechtlichen Legalitätsprinzip, ZStrR *77* (1961) 1ff (GERMANN, ZStrR *77* [1961]).
GOLSONG H., L'Effort du Conseil de l'Europe en matière répressive, in: L'amélioration de la justice répressive par le droit européen, herausgegeben vom Centre d'Etudes Européennes, Université catholique de Louvain 1970, 107ff.
GRISEL ANDRÉ, Droit Administratif Suisse, Neuchâtel 1970.
GRÜTZNER HEINRICH, Zum 65. Geburtstag. Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts, 1970 (FS Grützner).
– Bemühungen des Europarats um die Resozialisierung Straffälliger, Goltdammer's Archiv für Strafrecht *1970* 97ff (GRÜTZNER, GA *1970*).
– Aktuelle Probleme der Auslieferung, Deutsche Beiträge zuhanden des X. Internationalen Strafrechtskongresses in Rom, ZStrW *81* (1969) 119 (GRÜTZNER, ZStrW *81* 1969]).
– L'application de la loi pénale étrangère par le juge national, VIIIe Congrès de l'Association Internationale de Droit Pénal, Rapport national d'Allemagne, Revue internationale de droit pénal *31* (1960) 397ff (GRÜTZNER, Revue *31* [1960]).
GRÜTZNER WINFRIED, Internationale Massnahmen zur Überwachung bedingt verurteilter und bedingt entlassener Personen, Diss. iur. Freiburg i. Br. 1962 (GRÜTZNER W.).
GURADZE HEINZ, Die Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, Berlin und Frankfurt a. M. 1968.
GUGGENHEIM PAUL, Lehrbuch des Völkerrechts, Band I, Basel 1948.
GYGI FRITZ, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, 1. Auflage, Bern 1969.
– 2., vollständig überarbeitete Auflage, Bern 1974.
HAFTER ERNST, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 1946 (HAFTER, AT).
VON HAMMERSTEIN ANNEMARIE, Die Wirkungen ausländischer Strafurteile im Inland, Diss. iur. Freiburg i. Br. 1964.
HÄNNI F., Das stellvertretende Strafrecht im internationalen Strafrecht der Schweiz, Diss. ZH 1932.
HEGLER AUGUST, Prinzipien des internationalen Strafrechts, Breslau 1906.
HEINITZ ERNST, Der Ausbau des Strafensystems, ZStrW *65* (1953) 26.
HONIG RICHARD, Festschrift für ..., 1970 (FS Honig).
HULSMAN L. C. H., Transmission des poursuites pénales à l'état de séjour et exécution des décisions pénales étrangères, in: Le droit pénal international, Recueil en hommage à van Bemmelen, Leiden 1965, 113ff.
IMBODEN MAX, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 4. Auflage, Bände I und II, Basel 1971.
IMBODEN/RHINOW R. A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I, Allgemeiner Teil, Basel 1976.
JESCHECK HANS-HEINRICH, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlin 1972, 2. Auflage (JESCHECK, AT).
– Gegenstand und neueste Entwicklung des internationalen Strafrechts, in: Festschrift für Reinhart Maurach 1972, 579ff (JESCHECK, Maurach FS).
– Der VIII. Internationale Strafrechtskongress, ZStrW *74* (1962) 186ff.
KERN EDUARD, Der gesetzliche Richter, Berlin 1927.
KOHLER JOSEF, Internationales Strafrecht, 1917 (KOHLER, IntStrR).
KÜNG ERNST, Die Anwendung ausländischen Strafrechts durch den schweizerischen Richter gemäss Art. 5 und 6 StrGB, Diss. Basel 1960.
LEUENBERGER CHRISTOPH, Die unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechte in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Abhandlungen zum schweiz. Recht, Heft 441, Bern 1976.
LEVI NINO, Diritto penale internazionale, Mailand 1949.

LINKE ROBERT, Zwischenstaatliche Kompetenzkonflikte auf dem Gebiet des Strafrechts, Festschrift Grützner 1970, 85ff (LINKE, FS Grützner).
– Les problèmes actuels de l'extradition, Revue internationale de droit pénale *39* (1968) 453ff (LINKE, Revue *39* [1968]).
MARKEES CURT, Die Strafverfolgung im Ausland begangener Verkehrsdelikte, ZStrR *77* (1961) 46ff.
MAURACH REINHART, Festschrift für ..., zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1972 (Maurach FS).
VAN DER MEERSCH W.J.G., La Convention Européenne des Droits de l'Homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public?, in: Les Droits de l'Homme, Bruxelles 1968, 155ff.
MELAI A.L., Les conventions européennes et le Traité Benelux d'entraide judiciaire en matière pénale et d'extradition, in: Le droit pénal international, Recueil en hommage à van Bemmelen, Leiden 1965, 101ff.
MENDELSSOHN-BARTHOLDY A., Das räumliche Herrschaftsgebiet des Strafgesetzes, in: Vergleichende Darstellung des deutschen Strafrechts, Allg. Teil, Band VI, Berlin (MENDELSSOHN-BARTHOLDY, VD AT).
MERZ HANS, Kommentar zu Art. 2 ZGB, Berner Kommentar, Einleitung, Bern 1966, 213ff.
MEYER F., Les dispositions pénales de la loi sur la circulation routière, ZStrR *76* (1960) 18ff.
MEYER H., Die Einlieferung, Bonn 1953.
MÜLLER J., Die Garantie des verfassungsmässigen Richters in der Bundesverfassung, ZBJV *106* (1970) 249.
NUVOLONE PIETRO, Die Kollisionsnormen auf dem Gebiet des Strafrechts in Europa, ZStrW *66* (1954) 545ff.
OEHLER DIETRICH, Internationales Strafrecht, 1973 (OEHLER, IntStrR).
– Der gesetzliche Richter und die Zuständigkeit in Strafsachen, ZStrW *64* (1952) 292ff (OEHLER, Richter).
PETERS KARL, Strafprozess, 2. Auflage, Karlsruhe 1966.
ROMANDER H., Les tentatives d'harmonisation et d'unification du droit pénal et de la procédure pénale dans les Etats nordiques, in: Dr. pén. europ. 557ff.
RÜEGSEGGER E., Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde gegen kantonale Entscheidungen in Strafsachen eidg. Rechts, Diss. Zürich 1946.
SCREEVENS R., Collaboration en matière pénale et tentative d'harmonisation du droit pénal dans certains groupes d'Etats, in: Dr. pén. europ., 599ff.
SCHEUNER U., Confrontation de la jurisprudence des tribunaux nationaux avec la jurisprudence des organes de la convention en ce qui concerne les droits autres que les droits judiciaires, in: Droits de l'Homme, Bruxelles 1968, 347ff.
SCHÖNENBERGER W./JÄGGI P., Zürcher Kommentar zu Art. 1–17 OR, Band V 1a, Zürich 1973.
SCHÖNKE ADOLF, Gegenwartsfragen des internationalen Strafrechts, in: Festschrift für Edmund Mezger, München und Berlin 1954, 105ff.
SCHROEDER FRIEDRICH-CHRISTIAN, Der räumliche Geltungsbereich der Strafgesetze, in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht *1968* (SCHROEDER, GA *1968*).
SCHUBARTH MARTIN, Die Artikel 5 und 6 der Konvention, insbesondere im Hinblick auf das schweizerische Strafprozessrecht, in: Die europäische Menschenrechtskonvention und ihre Anwendung in der Schweiz, ZSR *94* I (1975) 465ff (SCHUBARTH, ZSR *94* I [1975]).
SCHULTZ HANS, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, 2 Bände, 2. Auflage, Bern 1974 (SCHULTZ, Einführung I, II).
– Gesetzgebung und Rechtsprechung der Schweiz im internationalen Strafrecht 1970–1972, Schweiz. Jahrbuch für int. Recht 1973 (SCHULTZ, Jahrbuch 1973); 1967–1969, Jahrbuch 1969/70; 1964–1966, Jahrbuch 1966; 1942–1963, Jahrbuch 1963.
– Les formes nouvelles de la collaboration des Etats dans l'administration de la justice pénale, in: L'amélioration de la justice répressive par le droit européen, Bruxelles 1970, 85ff (SCHULTZ, Formes Nouvelles).
– Das Ende der Auslieferung, in: Festschrift Grützner 1970, 138ff (SCHULTZ, FS Grützner).

– Aktuelle Probleme der Auslieferung, Vorläufiger Generalbericht zum vorbereitenden Kolloquium, ZStrW *81* (1969) 199 ff (SCHULTZ, ZStrW *81* [1969]).
– Compétence des juridictions pénales pour infractions commises à l'étranger, Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé *1967* 305 ff (SCHULTZ, Compétence).
– Neue Probleme des internationalen Strafrechts und des Auslieferungsrechtes, SJZ *60* (1964) 81 ff (SCHULTZ, SJZ *60* [1964]).
– Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958, Bern 1964 (SCHULTZ, Strafbestimmungen zum SVG).
– Neue Entwicklung im sogenannten internationalen Strafrecht, in: Festschrift für H. von Weber, Bonn 1963, 305 ff (SCHULTZ, Neue Entwicklungen).
– Rapport présenté au IXe Congrès international de Droit pénal, Revue internationale de Droit pénal, Paris, *34* (1963) 173 ff (SCHULTZ Revue *74* [1963]).
– Bemerkungen zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht im Strafrecht, in: Schweiz. Jahrbuch für int. Recht 1962 (SCHULTZ, Jahrbuch).
– Der Begriff der Auslieferung in den Bestimmungen über die räumliche Geltung des StrGB, ZStrR *69* (1954) 376 ff (SCHULTZ ZStrR *69* [1954]).
– Das schweizerische Auslieferungsrecht, Basel 1953 (SCHULTZ, AuslR).

SCHWANDER VITAL, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Auflage 1964 (SCHWANDER, Lehrbuch).
– L'application de la loi pénale étrangère par le juge national, Revue internationale de Droit pénal, Paris *31* (1960) 576 ff (SCHWANDER, Revue *31* [1960]).

SCHWERI ERHARD, Praxis zur interkantonalen Gerichtsstandsbestimmung, ZStrR *92* (1976) 113 ff.

STAUBACH FRITZ, Die Anwendung ausländischen Rechts durch den inländischen Richter, Bonn 1964.

STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, 2 Bände, Bern 1973 und 1974 (STRATENWERTH, BT I, II).

TRECHSEL STEFAN, Die europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte, Bern 1974.

TROUSSE P. E., Le règlement au plan européen des compétences législatives et judiciaires des Etats en matière pénale, in: Dr. pén. europ. 387 ff.

TROUSSE/VANHALEWIJN, Les problèmes actuels de l'extradition, Revue de Droit pénal et criminologie, *48* (1967/68) 526 ff.

VELU J., Les despositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme autres que les articles 5 et 6, et le droit pénal des Etats contractants, in: Dr. pén. europ. 153 ff.

VERDROSS ALFRED, Völkerrecht, Wien 1964, 5. Auflage.

VOGLER THEO, Entwicklungstendenzen im internationalen Strafrecht unter Berücksichtigung der Konventionen des Europarats, in: Festschrift für Reinhart Maurach 595 ff, (VOGLER, Maurach FS).
– Geltungsanspruch und Geltungsbereich der Strafgesetze, in: Festschrift Grützner 1970, 149 ff (VOGLER, FS Grützner).
– Die Spruchpraxis der Europäischen Kommission und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Bedeutung für das deutsche Straf- und Strafverfahrensrecht, ZStrW *82* (1970) 743 ff (VOGLER ZStrW *82* [1970]).
– Aktuelle Probleme der Auslieferung, ZStrW *81* (1969) 163 (VOGLER, ZStrW *81* [1969]).
– Zur Tätigkeit des Europarats auf dem Gebiet des Strafrechts, ZStrW *79* (1967) 371 (VOGLER, ZStrW *79* [1967]).

WAIBLINGER MAX, Das Strafverfahren des Kantons Bern, Langenthal 1937.

VON WEBER H., Die Übernahme der Strafverfolgung und der Strafvollstreckung, Aktuelle Probleme der Auslieferung, ZStrW *81* (1969) 188 (VON WEBER, ZStrW *81* [1969]).
– Der Schutz fremdländischer staatlicher Interessen im Strafrecht, in: Festgabe Frank, Band II 269 ff (VON WEBER, FS Frank II).
– Festschrift für ..., Bonn 1963 (FS von Weber).

WEGNER A., Über den Geltungsbereich des staatlichen Strafrechts, in: Festgabe Frank, Band I 98 ff (WEGNER, FS Frank I).

WILDHABER LUZIUS, Die materiellen Rechte der Konvention mit Ausnahme der Art. 5 und 6, in: Die Europ. Menschenrechtskonvention ..., ZSR *94* I (1975) 511 ff (WILDHABER, ZSR *94* I [1975]).
ZIMMERLI KARIN, Das europ. Übereinkommen über die Verfolgung von Zuwiderhandlungen im Strassenverkehr, Diss. ZH 1968.
ZÜRCHER EMIL, Erläuterungen zu VE 1908 (Zürcher, Erläuterungen)
– Festgabe für ..., zu seinem 70. Geburtstag, Bern 1920.

2. Materialien

a) Zur Konvention über die Übertragung von Strafverfahren (KÜStrV) (unvollständig)

Projet de Convention européenne sur les conflits de compétence en matière répressive, adopté par la Sous-Commission lors de sa réunion à Paris, les 28 et 29 décembre 1964, Strasbourg, le 4 janvier 1965, AS/Jur X (16) 9.
Recommandation 420 (1965) de l'Assemblée Consultative.
Proposition concernant la solution de conflits de compétence internationaux en matière pénale par M. LINKE, DPC/CEPC IV (66) 4.
La transmission des poursuites, Rapport et projet d'articles élaborés par M. le professeur HULSMAN, DPC/CEPC IV (66) 14.
Protokolle über die Verhandlungen der kleinen Expertenkommission (Sous-comitée no IVbis) vom 9. September 1965 bis 28. Februar 1969, 8 Sitzungen (Prot. 1, 2, 3, ..., 8).
Protokolle über die Verhandlungen der erweiterten Expertenkommission (Comité d'experts) vom 3. November 1969 bis 26. Februar 1971, 4 Sitzungen (Prot. I, II, III, IV).

b) Zum Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG), Stand Frühjahr 1976.

Vorentwurf der Polizeiabteilung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes zu einem Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 2. August 1968 (VE PA).
Protokolle über die Beratungen der Expertenkommission vom 12. Mai 1969 bis 4. November 1972 mit fortlaufender Numerierung (Prot.).
Entwurf zu einem Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, vorgelegt von der Expertenkommission vom 4. November 1972 (EExKo).
Bericht der Expertenkommission für ein Bundesgesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Bern 1972 (B).
Entwurf zu einem BG über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, vorgelegt vom Bundesrat am 8. März 1976 (E IRSG; im 2. Teil aus praktischen Gründen nur IRSG), BBl *1976* II 491 ff.
Botschaft des Bundesrates vom 8. März 1976 dazu, BBl *1976* II 444 ff.

Abkürzungen

a.A.	am Anfang
a.a.O.	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch Österreichs
a.E.	am Ende
al.	alinea
a.M.	anderer Meinung
ANAG	BG vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
AT	Allgemeiner Teil
AuslG	Auslieferungsgesetz, BG vom 22. Januar 1892
AuslK	Europäische Auslieferungskonvention vom 13. Dezember 1957
B	Bericht der Expertenkommission zu einem Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen
BBl	Bundesblatt
bern.	bernisch
bzw.	beziehungsweise
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch Deutschlands
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BR	Bundesrat
BStrP	BG vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege
BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung
Cc	Code civil Frankreichs
CCi	Codice civile Italiens
CPI	Codice penale Italiens
CPPF	Code de procédure pénale Frankreichs
dän.	dänisch
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
Dr.	Droit
DStrGB	Deutsches Strafgesetzbuch
EExKo	Entwurf der Expertenkommission
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
gl.M.	gleicher Meinung
i.d.F.	in der Fassung
IntStrR	Internationales Strafrecht
IRSG	Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (im 2. Teil = E BR)
i.K.	in Kraft
i.V.m.	in Verbindung mit
Jahrbuch	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht, Zürich (ohne Jahrzahl: Band 1962)
KiGStr	Konvention über die internationale Geltung von Strafverfahren vom 28. Mai 1970
LFG	BG vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt

KÜStrV	Konvention über die Übertragung von Strafverfahren vom 15. Mai 1972
MRK	Europäische Menschenrechtskonvention
N	Note
OG	BG vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
öst.	österreichisch
PA	Polizeiabteilung
Prot. 1, 2, ..., 1559	Protokoll-Nummer 1, 2, ..., 1559 der Beratungen der ExKo zum IRSG
Prot. I/5	Protokoll der 1. Sitzung der kleinen Expertenkommission zur KÜStrV, Seite 5
Prot. I/5	Protokoll der 1. Sitzung der erweiterten Expertenkommission zur KÜStrV, Seite 5
pén.	pénal(e)
RE	Rapport explicatif
RE 1964 I	RE zur ÜK
RE 1964 II	RE zur SVK
RE 1970	RE zur KiGStr
RE 1972	RE zur KÜStrV
Red. Kom.	Redaktionskommission
Revue	Revue internationale de droit pénal
S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SSG	BG vom 23. September 1953 über die Schiffahrt unter Schweizer Flagge
StrGB	Strafgesetzbuch (ohne Zusatz das schweizerische)
StrRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts
StrV	Strafverfahren
SVG	BG vom 19. Dezember 1958 über den Strassenverkehr
SVK	Konvention über die Verfolgung von Zuwiderhandlungen im Strassenverkehr vom 30. November 1964
u.a.	unter anderem (n)
ÜK	Konvention über die Überwachung bedingt verurteilter und bedingt entlassener Personen vom 30. November 1964
VE	Vorentwurf
VEB	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden
VE PA	Vorentwurf der Polizeiabteilung zu einem Rechtshilfegesetz
VG	BG vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seinen Behördemitgliedern und Beamten
vgl.	vergleiche
VVo	Vollziehungsverordnung
VwG	BG vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren
VStrR	BG vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Zivilgesetzbuch
Zif.	Ziffer
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStrW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z.Zt.	zur Zeit

§ 1 Strafpflicht, Geltung des Strafgesetzes und Strafgerichtsbarkeit

I. Die uneinheitliche Terminologie

Es kennzeichnet die Lehre vom sogenannten internationalen Strafrecht, dass die Terminologie uneinheitlich und Anlass von Missverständnissen ist [1]. Die folgenden Erörterungen, obgleich zum Teil auf eigenen Gedanken fussend, entspringen deshalb nicht dem Bedürfnis, neuen Theorien zum Durchbruch zu verhelfen. Sie besitzen ihre Rechtfertigung einzig in der herrschenden Verwirrung und sollen dem Leser die dornenvolle Arbeit ersparen, die spätern Darlegungen des Verfassers an der Mehrdeutigkeit der Begriffe, wie sie die Literatur offenbart, zu messen.

II. Die Strafpflicht

1. Das subjektive Strafrecht

BINDING hat das Zweite Buch seines grossen Werkes überschrieben mit «Das subjektive Strafrecht und das Strafrechtsverhältnis» [2]. Gemeinwesen und Täter erscheinen als Subjekte eines Rechtsverhältnisses, das jenes berechtigt, eine Strafe auszusprechen und wirksam werden zu lassen, und diesen verpflichtet, den staatlichen Eingriff zu dulden [3]. Weil der Staat nur den bestrafen kann, dem er Pflichten auferlegt und der diese verletzt hat [4], und als Träger der materiellrechtlichen Strafbefugnis im Einzelfall nie ein Privatrechtssubjekt [5] oder gar ein ausländischer Staat in Frage kommt, ist dieser, der Strafberechtigte, mit jenem, dem Normgeber und Urheber der Strafandrohung [6], immer identisch. Der Regel entspricht es auch, dass nur der Staat des verletzten Gesetzes [7] untersucht,

[1] SCHULTZ, AuslR 31 (und Anm. 7), Jahrbuch, 9f, insbesondere 10 (Anm. 4, 5 und 7).

[2] Handbuch 475.

[3] A.a.O. 483; vgl. auch VON CLERIC, Beziehungen zwischen jus puniendi und Anwendung des Strafgesetzes, SJZ *14* (1917/18) 370: «Aus der Übertretung einer nationalen Norm, das will heissen, aus der Übertretung einer Vorschrift des speziellen Teiles des inländischen Strafgesetzes, erwächst das sog. jus puniendi. Das jus puniendi ist ein subjektives Recht (das Recht, die vom Gesetz ausgesprochene Strafe wirksam werden zu lassen, die Strafe als Leistung entgegenzunehmen, das Recht die Strafgewalt zu üben).»

[4] BINDING, Handbuch 374.

[5] Vgl. auch GERMANN, ZStrR *77* (1961) 2f.

[6] Nach BINDING der Staat, der sich einen Strafanspruch nimmt; Handbuch 372.

[7] Dieser Ausdruck betont, dass der Staat, der die Norm gibt und sie mit der Strafandrohung zu erzwingen sucht, identisch ist mit dem materiellrechtlichen Träger des subjektiven Strafrechts, das durch die Verletzung der Norm entsteht. Welcher Staat unter mehreren das ist, wird damit jedoch nicht gesagt. Vgl. BINDING, Handbuch 374 (Anm. 11).

ob in concreto ein Strafrecht im subjektiven Sinn entstanden sei, und gegebenenfalls eine Sanktion verhängt und vollzieht. Die andere Konstellation, dass das Inland wegen Verletzung von Pflichten des Auslandes straft, tritt nach BINDING nur ein, wenn jenes als Stellvertreter auftritt [8], weil im übrigen die Befugnis der Erstreckung des Geltungsbereichs der eigenen Normen grundsätzlich schrankenlos ist [9].

Im Gegensatz zu BINDING lehrte KOHLER, Träger des subjektiven Strafrechts oder des ius puniendi sei der Staat, dem die Kulturordnung die Aufgabe zuweise, das Strafrecht zu üben [10]. Damit löst er den Begriff von der Norm und der sie stärkenden Strafandrohung. Er kann deshalb darunter nichts anderes verstanden haben als die abstrakte, durch Gesetz des In- oder Auslandes im Einzelfall erst noch zu konkretisierende staatliche Befugnis (und Pflicht), gegen eine Person Strafzwang zu üben [11]. Diese Deutung erscheint in der Tat heute noch zentral zu sein in der Lehre vom internationalen Strafrecht [12].

Obwohl BINDINGS privatrechtliche Systematik und die Vorstellung, durch die Begehung einer strafbaren Handlung entstehe zwischen Staat und Täter ein Verhältnis wechselseitiger subjektiver öffentlicher Rechte und Pflichten, veraltet wirken, bleibt es möglich, mit Blick auf die materiellen Voraussetzungen, Hinderungs- und Untergangsgründe der Strafbarkeit und Vollziehbarkeit von Strafen und Massnahmen vom ius puniendi zu sprechen. Die Bedeutung des Begriffs sollte sich indessen – losgelöst von der KOHLERschen Lehre – in einer Aussage über die *Rechtmässigkeit* der Verhängung und des Vollzugs strafrechtlicher Sanktionen *im Einzelfall* erschöpfen [13]. In dieses Gewand lassen sich ohne weiteres der Strafanspruch der Abkommen des Europarats [14] und derjenige des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen [15] kleiden.

[8] BINDING, Handbuch 373 und 373 (Anm. 10).
[9] BINDING, Handbuch 372.
[10] KOHLER, IntStrR 2f.
[11] Die von der gesetzgeberischen zu unterscheidende organisatorische Staatsgewalt; KOHLER, IntStrR 3. Der Unterschied zu BINDING zeigt sich darin, dass nach KOHLER im Rahmen eines eigenen ius puniendi Fremdrechtsanwendung möglich ist. Im Ergebnis treffen sich beide Autoren beim stellvertretenden Strafrecht: Hier setzt BINDING die Geltung der eigenen Normen nicht voraus (Handbuch 373; allerdings fordert er eine Rechtsverwandlung und folgert, der Strafanspruch werde zur Ausübung zediert, 373, 480f). Auch KOHLER nimmt ein Stellvertretungsverhältnis an, nach welchem das Inland ein fremdes ius puniendi ausübe (IntStrR 3, 190). Vgl. auch HÄNNI 99.
[12] § 1 III 2.
[13] Vgl. z. B. SCHWANDER, Lehrbuch 164ff.
[14] Art. 4 KÜStrV («le droit de répression»), Art. 11 II KiGStr («le droit d'exécution»).
[15] Art. 4 E IRSG.

2. Die Strafpflicht

Aus der Sicht des Täters und des Gemeinwesens besteht einerseits das Bedürfnis, nach der Rechtmässigkeit der Verhängung und des Vollzugs strafrechtlicher Sanktionen zu fragen [16]. Andererseits liegt es nicht im Belieben der rechtsanwendenden Behörden zu strafen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen hiezu gegeben sind [17]. Es stünde einem Strafgesetz schlecht an, wenn die massgebende Rechtsregel Handlungsermessen verliehe!

Die Pflicht, dem gesetzlichen Imperativ zu gehorchen, erwächst den Strafverfolgungsorganen in Anlehnung an BINDINGS Begründung des subjektiven Strafrechts dann, wenn der Täter eine Norm, die ihm bei Strafe zu beachten oblag, in bestimmter, vom Gesetz umschriebener (tatbestandsmässiger) Weise schuldhaft verletzt hat und die sonstigen subjektiven und objektiven Merkmale der Strafbarkeit erfüllt sind. Gehindert in ihrer Entstehung wird die Strafpflicht durch Rechtfertigungs- und Schuldausschliessungsgründe, in ihrer Ausübung durch die bedingte Verurteilung (Probation), den bedingten Strafvollzug oder die bedingte Entlassung. Sie entfällt, wenn die Verjährung eintritt, die Strafbarkeit durch ein späteres Gesetz rückwirkend beseitigt [17a] oder der Strafantrag zurückgezogen wird, wenn der Täter oder Verurteilte begnadigt wird, stirbt oder die Strafe verbüsst hat, endlich wenn die Massnahme vollzogen oder die im Zusammenhang mit einer bedingten Verurteilung oder Entlassung verfügte Probezeit abgelaufen ist [18].

Als weniger zu Missverständnissen Anlass gebende Bezeichnung ist die Strafpflicht Ausdrücken wie subjektives Strafrecht, ius puniendi oder Strafanspruch vorzuziehen. Daneben wird der Begriff der Verfolgungspflicht nicht etwa entbehrlich: Aufgabe des strafprozessrechtlichen Legalitätsprinzips [19] ist es gerade, das Verfahren zu sichern, das zur Feststellung, gegebenenfalls urteilsmässigen Konkretisierung [20] und Durchsetzung einer Strafpflicht führen soll.

[16] § 1 II 1 a.E.

[17] SCHULTZ, Einführung I 34.

[17a] Lex mitior, Amnestie.

[18] Für SCHULTZ, AuslR 35 und Jahrbuch 17, bedeutet Strafpflicht die bejahende Antwort auf die Frage, «ob ein bestimmtes Verhalten einer Person dem durch eine bestimmte Rechtsordnung gebotenen Rechtszwang unterstehe oder nicht». Er versteht diesen Begriff jedoch als Alternative zu Kohlers Strafanspruch und nicht – wie hier – zu BINDINGS subjektivem Strafrecht; allerdings berücksichtigt auch er BINDING, vgl. § 1 Anm. 38.

[19] Nach GERMANN, ZStrR 77 (1961) 4, «die Pflicht der Strafverfolgungsbehörden ..., das Strafverfahren einzuleiten und durchzuführen, wenn genügend Anhaltspunkte für ein strafbares Delikt vorliegen und ihre Zuständigkeit gegeben ist, unter Einschluss allfällig besonderer Prozessvoraussetzungen».

[20] Mit der Feststellung, dass eine Strafpflicht in concreto besteht, ist über die Art der Sanktion (Strafe, Massnahme) und deren Dauer noch nichts gesagt. Vgl. auch SCHWANDER, Lehrbuch 164.

1. Die Geltung der Verhaltensnormen und ihre Erzwingung durch die Drohung mit Strafe

Das menschliche Zusammenleben bedarf der Ordnung. Der Einzelne hat sich bestimmter Verhaltensweisen zu befleissigen, Verbotenes zu unterlassen, Gebotenes zu tun oder zu dulden, um die der Gemeinschaft innewohnenden Werte nicht zu gefährden oder zu verletzen. Wie soll die Gemeinschaft ihren Mitgliedern gegenüber das erwünschte Verhalten durchsetzen, das verpönte verhindern? Als *ein* Mittel zur Bewahrung des Rechts als Friedensordnung bietet sich die *Drohung* mit Strafe, die Zufügung eines Übels [21], an [22]. Die Drohung muss sich auf das Verhalten beziehen, sonst ist sie wirkungslos [23]. Dass die Ehe zwischen der Norm und der Strafandrohung in einem formellen Gesetz, dem Strafgesetz, zu besiegeln ist, fordert darüber hinaus der Rechtsstaat (materiellrechtliches Legalitätsprinzip).

Die Rechtsordnung schützt nur Vorgänge und Zustände, die unter dem Gesichtspunkt der Friedenswahrung erwünscht und notwendig sind. Nicht jeder Angriff auf ein Rechtsgut ist indessen bei Drohung mit Strafe verboten: das gilt nur, wenn er sich gegen ein Rechtsgut mit hoher Wertschätzung richtet oder wenn dieses vor bestimmten Formen der Gefährdung oder der Verletzung bewahrt werden soll [24].

Von Gemeinschaft zu Gemeinschaft sind die Ansichten darüber verschieden, welche Zustände und Vorgänge als Rechtsgut anzuerkennen sind, welche nicht, was der Mensch tun, was er unterlassen soll, welche Normen durch Androhung von Strafe erzwungen werden müssen, welche nicht. Diese Verschiedenheiten werden bedeutsam, wenn die Gemeinschaften durch ihre Träger in Beziehung treten. Welche Rechtsordnung ist massgebend? Eine Lösung kann von zwei entgegengesetzten Seiten angegangen werden: entweder vom Normadressaten oder vom Schutzbereich der Norm her. Diese Betrachtungsweise führt zur

[21] Ob die Drohung im Einzelfall verwirklicht wird, ist mitentscheidend für die generalpräventive Kraft der Strafe.

[22] Statt vieler: SCHULTZ, AuslR 33f mit Hinweisen und Einführung I 23ff; JESCHECK, AT 2 und 7f, BAUMANN, AT 7ff, DONNEDIEU DE VABRES, Principes 12, OEHLER, IntStrR 130. – Nach dem Strafzweck ist erst nach begangener Tat zu fragen. Dieser hat mit dem Geltungsbereich der Norm nichts zu tun, kann aber entscheidend sein für die Begründung einer Zuständigkeit zur Verfolgung und Ahndung.

[23] Die Kreise der Normadressaten und der potentiellen Täter sollten sich – von den Fällen persönlicher Privilegierung abgesehen (z. B. wegen der parlamentarischen Unverantwortlichkeit) – decken; vgl. BINDING, Handbuch 374 (und Anm. 18), ebenso LEVI, Diritto penale internazionale, Mailand 1949, 20f. Vgl. jedoch Anm. 29!

[24] Statt vieler: SCHULTZ, Einführung I 23ff, 43f, 45f.

sachlichen, jene zur persönlichen oder persönlich-räumlichen Geltung der Gesetze [25].

BINDING ist von der ersten Möglichkeit ausgegangen. Da er dem Staat das Recht zubilligt, den Schutzbereich der eigenen Normen beliebig zu gestalten [26], bringt er keine Lösung des gestellten Problems, sondern schafft im Gegenteil die theoretischen Grundlagen zur grenzenlosen Kollision der verschiedenen Rechtsordnungen. Gesucht ist aber ein einheitliches Kriterium, das die Überschneidung der einzelnen Rechtskreise weitgehend ausschaltet. Dieses ist die Gemeinschaft selbst: Das Recht als Ordnungsmacht darf nur diejenigen Rechtsgüter anerkennen und schützen, deren Gefährdung oder Verletzung geeignet ist, den Frieden innerhalb der *eigenen* Gemeinschaft zu stören [27]. Seit der Ausbildung der Nationalstaaten auf *räumlicher* Grundlage bedeutet dies die Wahrung des Rechtsfriedens auf dem eigenen Staatsgebiet [28]. Schutzbereich der Norm und deren Geltungsbereich decken sich nicht; denn die staatlichen Gebote und Verbote richten sich an jedermann, untersagen diesem Handlungen, die sich gegen den Rechtsfrieden im Inland richten: gleich wo er sich aufhält [29], gleich welchem Staat er angehört, gleich wo der Zustand oder Vorgang sich äussert, den das eigene Recht als schützenswert anerkennt [30]. Die

[25] Geltung im Sinne der primären Norm, die sich an den Einzelnen richtet; vgl. SCHROEDER, GA *1968* 354 und dortige Hinweise.

[26] Handbuch 375, 392ff.

[27] Vgl. auch WEGNER, FS Frank I 98, VOGLER, FS Grützner 149ff, 155; derselbe, FS Maurach 603. – Die systematische Einteilung unter dem Gesichtspunkt der Friedensstörung hat H. VON WEBER kritisiert (siehe FS Frank II 269ff) mit dem Hinweis, sie reisse Zusammengehöriges auseinander: «Folgerichtig durchgeführt, unterfällt ihr auch die von einem Deutschen im Ausland gegen einen Ausländer begangene private Interessenverletzung. Denn auch an dieser hätte ja der Staat nicht ein Interesse unmittelbar, sondern nur wegen ihrer möglichen Rückwirkungen auf den Frieden. Aber man hat wohl noch nie bezweifelt, dass der im Ausland begangene Mord auch als solcher, nicht als Friedensstörung im Inland zu bestrafen ist» (a. a. O. 279). Dem ist entgegenzuhalten: Ob eine im Ausland begangene strafbare Handlung im Inland verfolgt und bestraft werden soll, ist ein Entscheid, der unabhängig vom Geltungsbereich der Norm getroffen werden kann; vgl. § 1 III 2 und Anm. 37.

[28] Zum Schutzprinzip auf persönlicher Grundlage zurückzukehren, ist nur notwendig, wenn sich menschliches Verhalten in einer hoheitsfreien Sphäre abspielt und nicht die Fiktion des eigenen Staatsraumes wie an Bord von Schiffen, Flugzeugen und Weltraumkörpern, die unter der Flagge der Nation verkehren, eintritt.

[29] Der inländische Ausführungsort befreit in der Regel davon, zu prüfen, ob der Frieden im Inland gestört wurde. Wenn die Tat im Ausland verbrochen wurde, ist ein Entscheid nicht immer leicht zu treffen. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte deshalb im Inland nur dann verfolgt und bestraft werden, wenn sich hier zumindest ein Element des gesetzlichen Tatbestandes verwirklicht hat (vgl. auch § 1 Anm. 36). Praktisch wird damit der Kreis der potentiellen Täter kleiner als derjenige der Normadressaten (vgl. § 1 Anm. 23).

[30] Diese Umschreibung soll den Unterschied der hier vertretenen Auffassung zu der von HEGLER, Prinzipien des internationalen Strafrechts, entwickelten aufdecken: HEGLER lässt die staatlichen Normen an alle diejenigen Personen wenden, die mit der inländischen ideell gedachten Interessenwelt in Berührung kommen. Da er unter dem Rechtsgut (wie in dieser Arbeit und im Gegensatz zu BINDING, Handbuch 169) eine ideell-unkörperliche Erscheinung erkennt (Prinzipien 36f mit Hinweisen), begegnet er der unüberwindlichen Schwierigkeit, den Bereich der inländischen Rechtsgüterwelt zu umschreiben. Denn wie sollte er eine ideelle Grösse mit rechtsge-

Normen des eigenen Rechts bewahren nie unmittelbar den Rechtsfrieden auf dem Gebiet eines andern Staats [31]. Vorbehalten bleiben besondere in internationalen Abkommen übernommene Pflichten [32].

Das Prinzip, den Geltungsbereich des Rechts auf Personen der eigenen Gemeinschaft zu erstrecken (Personalitätsprinzip), ist verfehlt, wenn die Staatsgewalt räumlich organisiert ist und sich im Inland auch Angehörige fremder Nationalität aufhalten [33]. Dazu kommt, dass Angriffe auf den Staat auch vom Ausland her geführt werden können. Was den Versuch angeht, den Kreis der Normadressaten territorial zu bestimmen [34], führt er dazu, dass die Geltung einzelner Normen sachlich beschränkt werden muss [35], und zielt letztlich hin

nüglicher Sicherheit in Beziehung setzen können zum (realen) Staatsraum? Am Ort des Handlungs- oder Angriffsobjektes (zum Begriff: SCHULTZ, Einführung I 105) kann auch nicht angeknüpft werden. Vgl. HEGLER, insbesondere 32, 45f, 66f und 136f. Ein Beispiel möge den Unterschied verdeutlichen: Nach HEGLER verbietet das inländische Recht die Präparierung und Versendung eines Sprengstoffpaketes nicht, wenn beide Handlungen im Inland ausgeführt werden und der Angriff gegen das Leben einer im Ausland befindlichen Person geplant ist (das will nicht heissen, dass im Inland nicht nach der Norm des Erfolgsstaates gestraft werden dürfe!). HEGLER ist zugute zu halten, dass die Kollision von Rechtskreisen als Angriff auf dasselbe Rechtsgut ausgeschlossen wäre, falls die Abgrenzung zwischen in- und ausländischer Interessenwelt praktisch durchgeführt werden könnte. Dann bliebe auch der nach der hier vertretenen Lösung mögliche Konflikt aus, der entsteht, wenn im Inland Distanz-, Begegnungs- und Konvergenzdelikte oder Formen der Teilnahme zu beurteilen sind, die im Ausland vollendet wurden. Dasselbe gilt auch inbezug auf die mittelbare Täterschaft und die Mittäterschaft. (Kritik hat vor allem die Ahndung der Teilnahme im Inland an einer im Ausland straflosen Handlung hervorgerufen; vgl. SCHULTZ, Einführung I 254. Nach der Friedenstheorie ist sie jedoch folgerichtig. Zur mittelbaren Täterschaft z.B.: BGE *78* IV 252 und *85* IV 203).

Bedeutsam ist die Einschränkung, dass das inländische Recht ausschliesslich den schützenswerten Zustand oder Vorgang, das Rechtsgut, definiert. Dabei hat sich der Gesetzgeber zu fragen, ob eine allfällige Beeinträchtigung unmittelbar den Frieden im Inland zu stören geeignet ist. Je häufiger er diese Frage bejaht, desto mehr öffnet er den Weg zu Kollisionen. Mit diesen Überlegungen ist angedeutet, wie dem Problem Herr zu werden ist, ob ein vom ausländischen Staat anerkanntes Eigentum im Inland Schutz geniessen soll, dessen Entstehungsgrundlage, an inländischen Massstäben gemessen, Raub und Gewalttat war (zur Frage: VON WEBER, FS Frank II 283).

[31] Art. 296ff StrGB schützen die Beziehungen zum Ausland, weil ihre Störung den Frieden im Inland in Frage stellt, STRATENWERTH, BT II 524, 574 mit Hinweisen. Urkunden, Hart- und Papiergeld sowie Wertzeichen des Auslandes können im Inland in Verkehr gelangen: ihre Echtheit wird deshalb geschützt, STRATENWERTH, BT V II 444, ZÜRCHER, Erläuterungen 330ff zu Art. 250/255 StrGB. Vgl. auch VON WEBER, FS Frank II 285.

[32] Vgl. die Hinweise bei SCHULTZ, Jahrbücher 1963, 204; 1966, 169; 1969/70, 240 und 197. Die zwischenstaatlichen Abkommen können auch nur den Umfang eines Rechtsgutes klarstellen.

Wo überstaatliche Gemeinschaften entstehen, bringt die Entwicklung zuerst eine Ausdehnung des Schutzbereichs der Norm, die noch nicht mit dem räumlichen Umfang der Staatsgewalt übereinstimmt. Dazu OEHLER, IntStrR 537ff.

[33] Vgl. auch OEHLER, IntStrR 45ff, zum germanischen Rechtsprinzip des personengebundenen Rechts, sowie 436f.

[34] Art. 3 al. 1 CPI als Schulbeispiel.

[35] Z.B. Art. 241 CPI. Zu den Problemen des Rechtsgüterschutzes: SCHULTZ, SJZ *60* (1964) 82f, JESCHECK, AT 138f, OEHLER, IntStrR 134 Anm. 29, 202ff, VOGLER, FS Grützner 151.

Um Missverständnissen vorzubeugen, sollte nicht von ausländischen Rechtsgütern gesprochen werden; denn es geht gerade um die Frage, wie weit gleichartige Vorgänge und Zustände, deren Gefährdung oder Verletzung nicht unmittelbar den Frieden im Inland stört, vom einheimischen Recht anerkannt und geschützt werden. (Mit andern Worten: Die verfassungsmässige Ordnung der Bundesrepublik Deutschland ist de lege lata in der Schweiz nicht ein ausländisches, sondern kein Rechtsgut!).

zum Schutzprinzip auf räumlicher Grundlage, wenn der Ubiquitätsgrundsatz ins Gesetz einzieht [36].

2. Die Zuständigkeit zur Verfolgung und Ahndung strafbaren Verhaltens (internationalstrafrechtliche Zuständigkeit)

Nur die Norm, die der Täter hätte beachten sollen und die er verletzt hat, erzeugt das Recht und die Pflicht des Staates zu strafen. Hingegen ergibt sich die prozessuale Zuständigkeit zur Verfolgung strafbaren Verhaltens nicht nur daraus, dass der Staat untersuchen will, ob die von ihm gesetzten Normen verletzt worden sind (Übereinstimmung von formeller und materieller Zuständigkeit), sondern sie wird daneben auch selbständig begründet aus Überlegungen, die vom Geltungsbereich des Verhaltensrechtes gelöst sind und meist *nach* der Tat einsetzen [37]. Hier bedarf die formelle Zuständigkeitsnorm der Ergänzung durch eine Rechtsanwendungsregel, da die materielle Zuständigkeit (die Zuständigkeit am Recht und an der Pflicht zu strafen) dem Recht des Staats der verletzten Norm folgt [38]. Bei dieser Konstellation ist die formelle Kompetenz nicht nur eine prozessuale, sondern sie enthält auch eine Aussage über die Ausübung der (fremden) Strafpflicht, die mit oder ohne Ermächtigung durch den Staat des verletzten Gesetzes geschieht. Insoweit ist die internationalstrafrechtliche Zuständigkeit eine Zuständigkeit zur Verfolgung *und* Ahndung strafbaren Verhaltens.

Diese Kompetenz stellt die herrschende Lehre, dem KOHLERschen Strafanspruch folgend [39], ins Zentrum ihrer Überlegungen [40]. Im Schrifttum wird leider

[36] Wie weit der Weg wiederum zum Schutzprinzip führt, hängt davon ab, wie der Begriff des Erfolgs verstanden wird: ob im technischen Sinn als die am Angriffs- oder Handlungsobjekt eintretende Wirkung des täterischen Verhaltens, die Tatbestandsmerkmal ist, oder unscharf als der Eintritt des Schadens, um dessenwillen die Handlung unter Strafe gestellt wird; das heisst die Herbeiführung eines Zustandes der Gefährdung oder Verletzung eines Rechtsgutes. Zur Kontroverse: SCHULTZ, Einführung I 105f. Vgl. auch Anm. 29.

[37] Z. B. die Nichtauslieferung eigener und bestimmter ausländischer Staatsangehöriger, das Misstrauen gegen die fremde Strafrechtspflege, die generelle Erleichterung der Strafverfolgung bei Delikten besonderer Tragweite, nun die Resozialisierung des Täters und die Zweckmässigkeit der Strafverfolgung (dazu § 2 I 2 b). Zu den einzelnen Begründungen: SCHULTZ, AuslR 37ff, 46ff, Jahrbuch 15f, 20ff, Compétence 318f, 323ff; OEHLER, IntStrR 140ff und dortige Hinweise.

[38] Den Geltungsbereich der Norm berücksichtigt auch SCHULTZ, indem er Strafrechts- und Gerichtshoheiten unterscheidet. Jene versteht er als «Zuständigkeit, ein bestimmtes menschliches Verhalten daraufhin zu prüfen, ob es nach seinem Recht überhaupt strafbar ist, und, wenn diese Frage bejaht wird, die seinem Recht gemässe strafrechtliche Unrechtsfolge zu verhängen und zu vollziehen». Diese bedeutet die Kompetenz, «ein bestimmtes menschliches Verhalten durch seine Behörden verfolgen zu lassen, ohne dass zum voraus feststeht, welches Strafrecht anzuwenden ist». Jahrbuch 14ff, VON WEBER FS 311f, AuslR 34f. Vgl. auch MENDELSSOHN-BARTHOLDY, VDA, Band VI, 85f, insbesondere 86 Anm. 1.

[39] § 1 II 1.

[40] Statt vieler: JESCHECK, AT 127f, Maurach FS 579f; OEHLER, IntStrR 127ff, VOGLER, FS Grützner 154, Maurach FS 602. Vgl. auch die Harvard-Studie (zit. bei SCHULTZ, Jahrbuch 10 Anm. 4): A State's «jurisdiction» is its competence under international law to prosecute and punish

zu wenig deutlich hervorgehoben oder verkannt, dass *formeller* Natur ist die Frage, ob die Verfolgung und Bestrafung *im Inland* erfolgen soll, dass dagegen nur das *materielle* Recht darüber etwas aussagt, ob *überhaupt* gestraft werden dürfe und müsse und, falls ja, wie [41]. Die Missachtung dieser Wahrheit führt zur unglücklichen Behauptung, der Frage nach dem anwendbaren Recht sei vorgelagert das Problem des Umfangs der staatlichen Strafgewalt. Einzig die verletzte Norm bestimmt das anwendbare Recht [42]. Die internationalstrafrechtliche Zuständigkeit ist notwendig unter dem doppelten Gesichtspunkt der Sicherung und Durchsetzung der Norm [43]. Zutreffend ist nur, dass im Strafverfahren die Prüfung der Strafbarkeit (nach dem anwendbaren materiellen Recht) davon abhängt, dass eine formelle Zuständigkeit besteht; die Frage nach der materiellen Zuständigkeit wird nicht mehr gestellt.

IV. Die Strafgerichtsbarkeit

Die Strafgerichtsbarkeit ist die auf die Verwirklichung der Strafrechtsordnung im Einzelfall gerichtete Hoheit [44]. Sie beruht auf einer sachlichen Komponente, der internationalstrafrechtlichen Zuständigkeit, und der ihr im Regelfall folgenden Gerichtsunterworfenheit des Täters [45].

Nach der hier vertretenen Auffassung folgt die internationalstrafrechtliche Kompetenz dem Umstand, dass der Verfolgte eine mit Strafe bedrohte Verletzung einer inländischen Rechtsnorm begangen haben kann, oder sie wird als

for crime. Die Anknüpfung erfolgt nicht an der Geltung der Gesetze, sondern an der Tat: z. B. bedeutet das Territorialprinzip die Zuständigkeit, alle auf dem eigenen Staatsgebiet begangenen strafbaren Handlungen zu verfolgen und zu ahnden (vgl. SCHULTZ, Jahrbuch 11, oder NUVOLONE, ZStrW *66* (1954) 546, die beide die räumliche Geltung der *Gesetze* vertreten, etwa im Gegensatz zu SCHÖNKE, FS Mezger 108 ff, der die territoriale *Zuständigkeit* betont). Wenn und insoweit die herrschende Lehre an der *Zuständigkeit* zur Verfolgung und Ahndung sich orientiert, trifft die Kritik BAUMANNS (AT 74) zu, das sei keine Frage der räumlichen Geltung. Vgl. auch Schroeder, GA *1968* 353 ff.

[41] Im Ansatz richtig STAUBACH 15, der jedoch den Strafanspruch nach KOHLER als materiellrechtliches Institut auffasst (was er nicht sein kann, § 1 II 1 a. E.) und deshalb nicht erkennt, dass die formelle Zuständigkeit in die rein prozessuale zur Verfolgung und in eine solche zur (ermächtigungslosen oder stellvertretenden) Ahndung zerfällt, die nur dem Staat der verletzten Norm eo ipso zusteht (STAUBACH 16).

Die Vermengung der materiellen mit der formellen Kompetenz wird darin deutlich, dass zur Begründung der internationalstrafrechtlichen Zuständigkeiten prozessuale und materiellrechtliche Elemente in einem Atemzug herhalten müssen: vgl. z. B. JESCHECK, AT 128, 131; DONNEDIEU DE VABRES, Traité 928 f; OEHLER, IntStrR 136 im Verhältnis zu 151 ff, insbesondere 156; SCHÖNKE, FS Mezger 105 ff.

[42] Darin liegt der theoretisch richtige Kern zur Begründung der Fremdrechtsanwendung im Inland, wenn die zu beurteilende Auslandstat sich nicht gegen die eigene Friedensordnung gerichtet hat. Die lex fori anzuwenden, ist ehrlicherweise nur praktisch zu rechtfertigen.

[43] SCHROEDER, GA *1968* 354.

[44] Nach WAIBLINGER 33 die Befugnis zur Ausübung des Rechtsschutzes durch Rechtsprechung auf dem Gebiet des Strafrechts. Vgl. auch BAUMANN, AT 68.

[45] SCHULTZ, Jahrbuch 27 und Einführung I 90 (mit Hinweisen).

Zuständigkeit zur Verfolgung und Ahndung strafbaren Verhaltens unmittelbar durch eine Vorschrift des eigenen Rechts begründet [46]. Die Gerichtsunterworfenheit des Täters ist eine *rechtliche*. Ob sie dann *tatsächlich* dem Angeschuldigten gegenüber durchgesetzt werden kann, hängt davon ab, ob er sich auf dem Gebiet des die Gerichtsbarkeit beanspruchenden Staates befindet; nur hier können die Behörden, die Gerichte insbesondere, ihre prozessualen Zwangsbefugnisse ausüben [47].

Völkerrechtliche und aufhebbare parlamentarische Immunität begründen *rechtliche* Ausnahmen von der Gerichtsunterworfenheit des Täters, solange sich dieser auf sie berufen kann. Die internationalstrafrechtliche Zuständigkeit bleibt davon unberührt, jedoch die Gerichtsbarkeit fehlt [48].

[46] § 1 III 2.

[47] So ist wohl auch SCHULTZ, Einführung I 90, zu verstehen, der die Gerichtsbarkeit als prozessuale Zwangsgewalt definiert, welcher der Beschuldigte und auch Drittpersonen unterstehen und die an den Staatsgrenzen endet. Dagegen verfällt BAUMANN, AT 69, offenbar einer Kontamination zwischen (rechtlicher) Zuständigkeit und der (tatsächlichen) räumlichen Ausdehnung der Staatsgewalt.

[48] Die Möglichkeit eines nicht vollstreckbaren Kontumazialurteils gegen eine Person diplomatischer Immunität, die Schultz, Jahrbuch 27 Anm. 54c, erwägt, erscheint fraglich, wenn nicht das anwendbare Prozessrecht ausdrücklich in diesem Fall vom Bestehen der Gerichtsbarkeit dispensiert.

1. Teil: Die Grundlagen der Übernahme der Strafverfolgung unter Berücksichtigung der Konventionen des Europarats über die Kompetenzverteilung

§ 2 Übernahme der Strafverfolgung, Kompetenzverteilung und internationale Zusammenarbeit in Strafsachen

I. Die Übernahme der Strafverfolgung als selbständiges Institut der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen oder als Erscheinungsform der zwischenstaatlichen Kompetenzverteilung

1. Terminologie

Kompetenzverteilung heisst die auf Vereinbarung im Einzelfall [1] zwischen zwei oder mehr Staaten beruhende Bestimmung des Staates, der im zwischenstaatlichen Verhältnis zur Verfolgung und Ahndung einer strafbaren Handlung oder zur Vollstreckung einer rechtskräftigen Sanktion mit Bezug auf eine bestimmte Person zuständig sein soll [2]. Der Vertrag ist entweder konkreter Vollzugsakt eines internationalen Abkommens (Staatsvertrag, multilateraler Vertrag) oder ein Rechtsgeschäft, das auf den übereinstimmenden Erklärungen der rechtsanwendenden Behörden der beteiligten Staaten beruht, deren Zulässigkeit, Voraussetzungen und Inhalt das Landesrecht bestimmt [3]. Besitzt der als kompetent vereinbarte Staat keine von der zwischenstaatlichen Vereinbarung unabhängige landesrechtliche Zuständigkeit zur Verfolgung und Ahndung der Tat [4] bzw. zur Vollstreckung des fremden Strafurteils [5], stellt seine vertragswirksame Erklärung eine Übernahme der Strafverfolgung bzw. der Vollstreckung dar [6]. Der Vollzug des zwischenstaatlichen Vertrags im Rahmen des inländi-

[1] Nach OEHLER, IntStrR 141 ff, 423 und 428 f, ist das Motiv für den Begriff ausschlaggebend, denn er rechnet auch das Domizilprinzip der nordischen Staaten dazu. Anders und gleich wie hier betont FRANCK 60 das Merkmal der zwischenstaatlichen Vereinbarung im Einzelfall.

[2] Dass sich die Vereinbarung nur auf das zwischenstaatliche Verhältnis bezieht, ist eine wichtige Einschränkung, die deshalb zu betonen ist, weil der Vertrag nie Rechtsgrundlage für die Verfolgung und Bestrafung im Inland ist; unten § 3 IV 2 a a.E. und V 2 a.

[3] Vgl. § 3.

[4] Vgl. Art. 3 ff, 202 Zif. 5, 240 al. 3, 245 Zif. 1 al. 2 StrGB, Art. 9 al. 1 MilStrGB, Art. 16 al. 1 und 2 VG, Art. 4 al. 2 SSG, Art. 97 al. 1 LFG.

[5] Z.B. Art. 3 Zif. 2 al. 3 a.E., 5 al. 3 a.E. StrGB, Art. 30 AuslG. Vgl. SCHULTZ, Revue *34* (1963) 182 f.

[6] Angeregt durch KOHLER, IntStrR 3, 68 f und 168, preisen als Begriffsmerkmal der Übernahme der Strafverfolgung VON CLERIC, FS Zürcher 130 und 135, und HÄNNI, 32 f und 35 f, das ius puniendi, das der ersuchende Staat habe und dem ersuchten fehle; vgl. auch GRÜTZNER, Revue *31* (1960) 401, VON WEBER, ZStrW *81* (1969) 190, RE 1964 II 16, 1972 24 f, 29 f. Wenn damit eine

schen Verfahrens heisst dann stellvertretende Strafverfolgung bzw. stellvertretende Vollstreckung des Straferkenntnisses [7].

Das Motiv der Übernahme der Strafverfolgung gehört nicht zum Begriff [8], sondern lässt einzig erkennen, ob das Institut selbständig oder als Erscheinungsform der Kompetenzverteilung auftritt [9]. Auch die aus dem zwischenstaatlichen Vertrag fliessenden Wirkungen sind keine Begriffsmerkmale [10].

2. Begründungen

a) Das Motiv für die als selbständiges Institut der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen auftretende Übernahme der Strafverfolgung

Soll die Verfolgung eines Straftäters nicht durch Landesgrenzen verunmöglicht werden, muss ein Staat immer dann über eine subsidiäre [11] internationalstrafrechtliche Zuständigkeit verfügen, wenn sich der Delinquent im Inland aufhält und die Auslieferung an den Staat der verletzten Norm [12] aus rechtlichen [13] oder tatsächlichen [14] Gründen unterbleibt. Mit dieser von der Solidarität der Staaten bei der Verbrechensverfolgung diktierten Notwendigkeit [15] lassen sich sowohl das Heimat- [16] als auch das Universalitätsprinzip begründen.

unabhängige (originäre) internationalstrafrechtliche Zuständigkeit gemeint ist – was zu vermuten ist (vgl. § 1 II 1 und III 2) –, ist den genannten Autoren zuzustimmen. Vgl. auch FRANCK 58, HULSMAN, DPC/CEPC IV (66) 14 S. 1.

[7] Ähnlich GUGGENHEIM I 326 Anm. 504.

[8] Mit Motiven im Begriff operieren z. B. HÄNNI, 36, VON CLERIC, FS Zürcher 135, und OEHLER, (vgl. § 2 Anm. 1).

[9] Dazu § 2 I 2a und b.

[10] Als Wirkungen sind sie der Erscheinung, welche der Begriff umschreiben will, untergeordnet, mithin unnötige Merkmale einer Definition. Wohl kann die vertragswirksame Erklärung unmittelbar geäusserter Verzicht auf die eigene Verfolgung sein (vgl. Art. 30 I, 33 KÜStrV). Dieser setzt, wenn auch unausgesprochen, die prävalierende Zuständigkeit eines andern Staates voraus. – VOGLER, FS Maurach 610, knüpft unmittelbar an den Wirkungen an.

[11] SCHULTZ, Neue Entwicklungen 312.

[12] Vgl. § 1 II 1 und III 1. Die herrschende Lehre geht vom Vorrang des Territorialitätsprinzips aus: z. B. SCHULTZ, AuslR 65, 84 (und Anm. 229), Jahrbuch 17; FS Grützner 145, Compétence 311 f und 320 f; VOGLER, FS Grützner 155, Maurach FS 603; LINKE, FS Grützner 86, GERMANN, ZStrR *69* (1954) 237, DAHM I 275. Meist wird es verstanden als Zuständigkeit zu verfolgen und zu ahnden. Da der Staatsschutzgrundsatz für die internationale Zusammenarbeit praktisch ausscheidet (politische Delikte!), fallen der Staat der verletzten Norm und der nach dem Ubiquitätsgrundsatz zur Verfolgung und Ahndung zuständige Staat fast durchwegs zusammen.

[13] Z. B. wegen des Verbots der Auslieferung eigener Staatsangehöriger, wegen der Geringfügigkeit der Tat oder ausgesprochenen Sanktion, aber auch wegen des Fehlens eines Auslieferungsbegehrens.

[14] Z. B. wegen des Missverhältnisses zwischen dem Aufwand des Auslieferungsverfahrens und der tatsächlichen Bedeutung der verfolgten Tat.

[15] Zutreffend verweist DAHM, I 275, darauf, dass die Flucht verbrechensfördernd wirkt, wenn Straflosigkeit des Täters damit verbunden ist. Vgl. auch GRÜTZNER, Revue *31* (1960) 401, W. GRÜTZNER 6, B 14. Wer Rechtshilfe nicht leistet, schwächt seine eigene Position!

[16] Herkömmlicherweise wird das Personalitätsprinzip allerdings damit gerechtfertigt, dass die Normen des Heimatrechts immer und überall für alle Nationalen gelten (leges ossibus inhaerent). Nicht so sah das grundsätzlich de lege lata HAFTER, AT 50 f, 61 f, der in Art. 6 StrGB (mit Ausnahme der Fälle, wo Diplomaten im Ausland delinquieren) nur stellvertretendes Strafrecht erblickt.

Weil sich dieses nicht auf alle Straftaten schlechthin beziehen darf[17] und jenes das nicht zu tun braucht[18], kommen selbst Staaten, welche beide Grundsätze in ihrer Landesgesetzgebung verankert haben, dazu, einen Täter wegen einer bestimmten Tat nicht ausliefern, aber auch nicht bestrafen zu können. Als Ersatz für die aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmögliche oder erschwerte Auslieferung[19] bietet sich die Übernahme der Strafverfolgung an[20]. Sie ist gegenüber Inländern und Ausländern[21] möglich, wenn das Landesrecht eine Zuständigkeit bereithält, die im Anschluss an eine Vereinbarung mit dem Staat der verletzten Norm[22] ausgeübt werden kann.

Das trifft jedoch nur in bezug auf die Begründung, nicht die rechtliche Konstruktion der Zuständigkeit zu. Art. 6 StrGB erscheint in der Tat eher als Zwitter, der einerseits als Auslieferungsersatz auftritt, andererseits seine Begründung auch darin sucht, dass der Schweizer im Ausland im Koffer das schweizerische Gesetz mit sich trägt. Das äussert sich aber paradoxerweise zufolge der Berücksichtigung der lex loci und der lex mitior in der Pflicht, die Gesetze des Aufenthaltsstaates zu achten (vgl. zur Entstehung der Norm auch GERMANN, ZStrR *69* [1954] 241 und a.a.O. Anm. 3). Vgl. auch SCHULTZ, AuslR 53 (und Anm. 96).

[17] Vgl. z. B. JESCHECK, AT 134, OEHLER, IntStrR 147f, 512ff, SCHULTZ, Compétence 323ff.

[18] Z. B. Art. 6 StrGB (Beschränkung auf Auslieferungsdelikte), Art. 9 CPI (schwerere Straftaten; geringfügigere werden nur auf Antrag des Justizministers oder des Verletzten bestraft).

[19] Ob überhaupt eine Pflicht zur Auslieferung besteht und damit auch eine solche zur Strafverfolgung im Inland, wenn jene an einem auslieferungsspezifischen Grund scheitert, ist eine alte, hier nicht weiter zu verfolgende Streitfrage; vgl. DAHM I 275, 279, SCHULTZ, AuslR 8ff mit Hinweisen. Vgl. auch Art. 6 II AuslK: «Si la partie requise n'extrade pas son ressortissant, elle devra, sur la demande de la partie requérante, soumettre l'affaire aux autorités compétentes afin que des poursuites judiciaires puissent être exercées s'il y a lieu.» Über die Tragweite des Satzes «s'il y a lieu» bestehen verschiedene Ansichten: SCHULTZ, Formes Nouvelles 95 Anm. 31, FS Grützner 143 Anm. 14, meint, die Pflicht sei offenbar nur dann begründet, wenn das Strafrecht des ersuchten Staates eine internationalstrafrechtliche Zuständigkeit kennt, welche die Strafverfolgung wegen dieser Auslandstat durchzuführen erlaubt, während andererseits GRÜTZNER, ZStrW *81* (1969) 136 (ähnlich VOGLER, ZStrW *81* [1969] 185), davon ausgeht, damit bleibe die Entscheidungsfreiheit der zuständigen Strafverfolgungsorgane gewahrt. Der Vergleich mit Art. 2 i. V. m. Art. 9 I KÜStrV bzw. Art. 3 i. V. m. Art. 4 SVK, den offenbar GRÜTZNER anzieht, ist deshalb verfehlt, weil, ohne dass eine Kompetenz besteht, die Verfolgung im Inland rechtswidrig wäre. Die Ansicht SCHULTZ' ist deshalb vorzuziehen, denn Art. 6 II hat kaum die Bedeutung einer Pflicht, eine Zuständigkeit zu begründen.

[20] Vgl. GROTIUS, De Jure Belli ac Pacis, 1625, lib. II, cap. 21 IV 1 und 3: Dedere aut punire. Ihm folgend, sehen das stellvertretende Strafrecht als Ersatz für die aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unterbliebene Auslieferung z. B. KOHLER, IntStrR 195f, 197, VON CLERIC, 131, 134f, HÄNNI 28, 36, SCHULTZ, AuslR 33, 40, Neue Entwicklungen 312, Compétence 325; JESCHECK, AT 134, GRÜTZNER, ZStrW *81* (1969) 136f, Revue *31* (1960) 401, VON WEBER, ZStrW *81* (1969) 188f, VOGLER, ZStrW *81* (1969) 184f, LINKE, Revue *39* (1968) 457. Allerdings wird nicht immer deutlich, ob sich der Begriff der stellvertretenden Strafverfolgung nur nach der Begründung richtet (wie bei HAFTER, vgl. § 2 Anm. 16), ob das Auslieferungsbegehren ausreicht oder ob ein besonderes Ersuchen zur Übernahme der Strafverfolgung vorausgesetzt wird. Vgl. immerhin SCHULTZ, AuslR 33, und HÄNNI 31, 35.

[21] OEHLER, IntStrR 146, möchte das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege für Ausländer von der aktiven Personalität für Inländer trennen, weil die Nichtauslieferung des Inländers einerseits und die des Ausländers andererseits auf verschiedenen Gründen beruhten, die miteinander nicht zu vergleichen seien. – Dass in beiden Fällen durch die Strafverfolgung im Inland eine Lücke in der Verbrechensverfolgung verhindert wird, ist eine Wahrheit, die an ihrem Gehalt nichts einbüsst, wenn verschiedenartige Ursachen für die Nichtauslieferung verantwortlich sind. Oehlers Trennungsbedürfnis wäre nur dann gerechtfertigt, wenn er die aktive Personalität getreu dem Grundsatz «rei publicae interest habere bonos subditos» (BARTOLUS) verstände. Das gerade tut er nicht: IntStrR 143ff, 449f.

[22] Vgl. § 2 Anm. 12.

Das Bestreben nach einer lückenlosen Strafverfolgung stand – um nur zwei neuere Beispiele zu zitieren [23] – sowohl Art. 101 SVG [24] als auch dem Übereinkommen des Europarats über die Verfolgung von Zuwiderhandlungen im Strassenverkehr (SVK) [25] zu Gevatter: Gerade Delikte im Strassenverkehr weisen häufig einen internationalen Einschlag auf – zu denken ist nur an die Völkervielfalt der Masse, die jährlich während der Ferienzeit Europas Strassen überflutet –, geben aber praktisch nie zur Auslieferung Anlass. Viele dieser Delikte sind zu geringfügig, als dass die Auslieferung für sie möglich oder gerechtfertigt wäre [26].

b) Begründung und Rechtfertigung der Kompetenzverteilung

aa) Im allgemeinen

Der Gedanke, würdigstes Ziel strafrechtlicher Sanktionen sei die Wiedereingliederung des Täters in die menschliche Gesellschaft [27], spielte bei der herkömmlichen Begründung internationalstrafrechtlicher Zuständigkeiten – wenn überhaupt – nur eine untergeordnete Rolle. Ausgangspunkt für eine Entwicklung im europäischen Raum, die auf der Ebene der Zuständigkeiten auch vom Resozialisierungszweck der Strafe Kenntnis nimmt, sind neben den Benelux-Ländern [28] vor allem die nordischen Staaten [29]: Dänemark, Finnland, Island, Norwegen und Schweden behandeln in ihrer Strafrechtsgesetzgebung die Angehörigen dieser Staaten sowie alle Ausländer mit Wohnsitz in diesen Ländern gleich [30], und sie vollstrecken auch aufgrund nahezu identischer landesrechtlicher Vorschriften jedes in einem nordischen Staat gefällte Strafurteil gegenüber Personen mit Wohnsitz im Inland, sofern der Urteilsstaat darum ersucht [31].

[23] Vgl. die Hinweise auf weitere Rechtsquellen bei VON CLERIC, FS Zürcher 138f, HÄNNI 37ff, SCHULTZ, Compétence 327, Formes Nouvelles 88 Anm. 6, Jahrbücher 1963, 201ff; 1973, 432f. Die Zitate OEHLERS, IntStrR 491ff, sind nicht schlüssig, weil er das stellvertretende Strafrecht nach der Begründung, nicht der rechtlichen Natur der Zuständigkeit definiert: IntStrR 145, 499.

[24] Dazu MARKEES, ZStrR *77* (1961) 46, SCHULTZ, Strafbestimmungen zum SVG, Neue Entwicklungen 314, Compétence 327; MEYER, ZStrR *76* (1960) 20; ZIMMERLI KARIN, Diss. Zürich 1968.

[25] Convention européenne pour la répression des infractions routières du 30 novembre 1964; dazu RE 1964 II; i.K. seit 18. Juli 1972, z. Zt. für Zypern, Dänemark, Frankreich und Schweden. – Die Diss. von ZIMMERLI K. (Anm. 24) zur Konvention ist unergiebig.

[26] SCHULTZ, Compétence 325, Neue Entwicklungen 318, FS Grützner 139f, Formes Nouvelles 94; VON WEBER, ZStrW *81* (1969) 188, VOGLER, ZStrW *79* (1967) 119, CORNIL 538.

[27] HEINITZ, ZStrW *65* (1953) 26: «Eine Strafe, die nicht darauf angelegt ist, zur Resozialisierung des Täters zu führen, ist nicht nur unzweckmässig, sondern vor allem ungerecht.» Vgl. auch BREUKELAAR/MULDER, FS Grützner 30ff, VOGLER, Maurach FS 600.

[28] Vgl. SCREEVENS 599ff, TROUSSE/VANHALEWIJN, Revue Dr. pén. *48* (1967/68) 526f, DUK 137.

[29] Vgl. ROMANDER 557ff, SCREEVENS 599ff.

[30] Vgl. dän. StrGB § 7, schwed. StrGB § 2. Es handelt sich hier um unabhängige Zuständigkeiten; sie fallen nicht unter den Begriff der Kompetenzverteilung, wie er in dieser Arbeit verstanden wird. Eine andere Konzeption verfolgt OEHLER, IntStrR 428f (vgl. § 2 Anm. 1).

[31] ROMANDER 561/65

An dieser Entwicklung sah der Europarat nicht untätig vorbei [32]. Parallel zur bereits erwähnten Strassenverkehrskonvention erliess er 1964 das europäische Übereinkommen über die Überwachung bedingt verurteilter und entlassener Personen (ÜK) [33], 1970 folgte die Konvention über die internationale Geltung von Strafurteilen (KiGStr) [34]. Vorläufiger Abschluss ist das 1972 zur Unterzeichnung aufgelegte Abkommen über die Übertragung der Strafverfolgung (KÜStrV) [35]. Die Verträge verfolgen ein doppeltes Ziel: Einmal sollen sie im Einklang mit den früheren Konventionen über die Auslieferung [36] und die kleine Rechtshilfe in Strafsachen [37] eine lückenlose und wirkungsvolle Verbrechensbekämpfung erlauben, die um so dringender geworden ist, je stärker die europäischen Staaten Schranken des Personen- und Warenverkehrs abgebaut haben [38]. Zum andern sind sie dazu bestimmt, die Strafverfolgung und die Vollstreckung strafrechtlicher Sanktionen dort zu ermöglichen, wo dies für die Resozialisierung des Rechtsbrechers am günstigsten erscheint oder wo dies am zweckmässigsten ist [39]. Hand in Hand damit schreitet die Absicht, dem Täter und Verurteilten die Nachteile doppelter Verfolgung und doppelter Bestrafung zu ersparen [40]. Die ÜK und die SVK beschränken sich darauf, die Strafverfolgung bzw. die Vollstreckung im Staate des gewöhnlichen Aufenthalts zu gewährleisten [41]. Die KiGStr und die KÜStrV gehen weiter und enthalten einen Katalog abschliessend aufgezählter, unter sich gleichwertiger Gründe [42], welche die Ausübung einer Zuständigkeit zur Verfolgung bzw. Vollstreckung im Einzelfall rechtfertigen [43].

[32] Vgl. auch die Hinweise bei GRÜTZNER, GA *1970* 97.

[33] Convention européenne pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition du 30 novembre 1964; dazu RE 1964 I; i.K. seit 22. Juli 1975, z.Zt. für Belgien, Frankreich und Italien. Vgl. auch DUPRÉEL 459ff.

[34] Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs du 28 mai 1970; dazu RE 1970; i.K. seit 26. Juli 1974; z.Zt. für Zypern, Dänemark, Norwegen, Schweden. Vgl. auch W. GRÜTZNER, in Dr. pén. Europ. 357ff, Aspects de la valeur internationale des jugements répressifs, Conseil de l'Europe, Strasbourg 1968.

[35] Convention européenne sur la transmission des procédures répressives du 15 mai 1972; dazu RE 1972; noch nicht i.K., unterzeichnet von Dänemark am 13. November 1975.

[36] Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957; dazu z.B. SCHULTZ, Jahrbücher 1966, 167ff; 1969/70, 246 und 1973, 427.

[37] Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959; dazu z.B. SCHULTZ, Jahrbücher 1966, 167ff; 1969/70, 256 und 1973, 431.

[38] RE 1972, 9, 15; 1970, 13.

[39] Während die Präambel der SVK das Ziel, den Täter zu resozialisieren, nicht erwähnt, tun dies die ÜK, die KiGStr und die KÜStrV selbständig neben der Aufgabe der gemeinsamen Verbrechensbekämpfung. Vgl. auch LINKE 89f. Dass die Ziele in einem Spannungsverhältnis stehen, erkennen zutreffend z.B. SCHULTZ, Formes Nouvelles 97, VOGLER, Maurach FS 611; vgl. auch JESCHECK, FS Honig 71.

[40] RE 1972, 52f.

[41] Art. 1 I und II SVK, Art. 6 ÜK.

[42] RE 1972, 32, 34, 56; 1970, 31f.

[43] Art. 5 KiGStr, Art. 8 KÜStrV. Der ursprüngliche Versuch, eine Hierarchie der internationalstrafrechtlichen Zuständigkeiten zu schaffen (vgl. Projet de Convention européenne sur les

Weil die Ordnungen der unabhängigen internationalstrafrechtlichen Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten des Europarats voneinander abweichen und lückenhaft sind [44], bietet sich das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege zur umfassenden Verwirklichung der Kompetenzverteilung an. Wo einem Vertragsstaat in einem Einzelfall eine unabhängige landesrechtliche Zuständigkeit nicht zur Verfügung steht, greift die in ihrer Ausübung von einer zwischenstaatlichen Vereinbarung abhängige Kompetenz ein [45].

bb) Rechtfertigung der Zuständigkeitsausübung mit der besseren Wiedereingliederungsmöglichkeit des Straftäters

Die herkömmliche internationalstrafrechtliche Zuständigkeitsordnung verpflichtet häufig Gerichte des Inlands, Personen mit Lebensgrundlage im Ausland zu verfolgen. Die Nachteile liegen auf der Hand: Der Angeschuldigte wird vielfach die Sprache des Landes nicht kennen, von seinen Angehörigen und Freunden, seiner gewohnten Umgebung vielleicht für längere Zeit ferngehalten. Er wird mit Menschen (Richtern, Anwälten, Vollzugspersonal in den Anstalten, Mitgefangenen) konfrontiert, deren Mentalität nicht die seine ist. Er wird unverhältnismässig lange in Untersuchungshaft bleiben, weil Fluchtgefahr angenommen werden muss, und so von seinem Arbeitsplatz ferngehalten. Der Richter wird nur zögernd von der Möglichkeit der bedingten Verurteilung oder Strafaussetzung Gebrauch machen [46]. Der Verurteilte wird während des Strafvollzugs kaum Urlaub erhalten, noch seltener von seinen Angehörigen und Bekannten besucht werden. Die Beschäftigung ausserhalb der Anstalt wird praktisch nicht in Frage kommen, die bedingte Entlassung nur zurückhaltend gewährt werden.

Zentrales Anliegen der Kompetenzverteilung muss es deshalb sein, die Verfolgung strafbaren Verhaltens und den Vollzug einer strafrechtlichen Sanktion in dem Staate zu ermöglichen, wo dies für den Täter am günstigsten ist [47]. Es sollte nicht nur an die Resozialisierungsaussichten gedacht werden, sondern auch an die zugunsten eines Angeschuldigten zu erhebende Forderung, dass die Strafverfolgung verhältnismässig zu sein hat und nicht mehr als zur Erreichung des Untersuchungs- und Strafzwecks in seine Rechte eingreifen soll.

conflits de compétence en matière répressive du 28/29 décembre 1964, Doc. AS/JUR X (16) 9; vgl. auch Recommandation No 420 de l'Assemblée Consultative du Conseil de l'Europe du 29 janvier 1965), wurde als zu starr und den Gegebenheiten der Praxis nicht entsprechend zu Recht aufgegeben; RE 1972, 57; vgl. auch Prot. 1/15ff, 2/2ff; ferner TROUSSE 387ff.

[44] SCHULTZ, Compétence 305ff, TROUSSE 387ff.

[45] RE 1972, 16; VOGLER, Maurach FS 612; JESCHECK, FS Honig 71.

[46] Die praktische Ungleichbehandlung des Ausländers weist nach W. GRÜTZNER, insbesondere Seiten 11–20 und 128f. Vgl. auch GRÜTZNER, GA *1970* 102, VOGLER, Maurach FS 607.

[47] RE 1972, 9, 15f; 1970, 13, 31f; LINKE, FS Grützner 88, SCHULTZ, FS Grützner 140, Formes Nouvelles 87, 96. Vgl. auch VOGLER, ZStrW *79* (1967) 119ff.

Diese Postulate versuchen die europäischen Konventionen zu verwirklichen, indem sie die Möglichkeit schaffen, die Strafverfolgung bzw. die Vollstreckung einer strafrechtlichen Sanktion dasjenige Land durchführen zu lassen, das am ehesten Aussichten für die soziale Wiedereingliederung des Täters bietet [48]. Normalerweise wird sich derjenige Staat aufdrängen, in welchem der Verfolgte oder Verurteilte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat [49]. Mangels geeigneter Anknüpfungspunkte kommen auch der Heimatstaat oder solche Länder in Frage, in denen der Täter längere Zeit gelebt hat [50]. Die näher bei der verfahrensrechtlichen Rechtfertigung anzusiedelnden Möglichkeiten der Bildung von Gesamtstrafen für Taten in verschiedenen Staaten oder des Vollzugs mehrerer durch die Gerichte verschiedener Länder ausgefällter strafrechtlicher Sanktionen am selben Ort tragen jedoch auch zur Resozialisierung bei [51].

Das angestrebte Ziel, die Strafverfolgung dort durchzuführen, wo die besten Möglichkeiten für die Wiedereingliederung des Täters bestehen, mag in Konflikt geraten mit dem prozessualen Vorrang des Tatorts [52]. Es kommt indessen nicht nur vor, dass mehrere Tatortstaaten wegen derselben Tat miteinander konkurrieren [53], sondern es tritt auch häufig ein, dass die Verfolgung am Tatort nicht möglich oder opportun ist [54]. In einer grossen Zahl von Verfahren besteht auch kein Vorteil, diese loco delicti commissi zu führen, z.B. wenn der Sachverhalt einfach, nicht bestritten oder durch objektive, im ausländischen Verfahren beigebrachte verwendbare Beweismittel erstellt ist oder wenn für bestrittene Geschehnisse sich am Tatort keine Beweise ermitteln liessen [55].

Der Vielzahl von Möglichkeiten, die das Leben bereithält, kommt die Konvention über die Übertragung von Strafverfahren entgegen, weil sie nicht starr am Vorrang bestimmter Zuständigkeiten festhält, auf den Einzelfall abzustellen gestattet und weil sie auch keine Priorität gegenüber der Vollstrekkungsübernahme beansprucht.

[48] Art. 8 I lit. f KÜStrV (RE 1972, 36), Art. 5 lit. b KiGStr (RE 1970, 32).

[49] Art. 8 I lit. a KÜStrV (RE 1972, 35), Art. 5 lit. a KiGStr (RE 1970, 32). In diesem Zusammenhang ist die Entschliessung des Ministerkomitees des Europarats vom 18. Januar 1972 zu beachten, die eine Vereinheitlichung der Begriffe «Wohnsitz» und «Aufenthalt» anstrebt (Unification des concepts juridiques de domicile et de résidence, Résolution et exposé des motifs, Strasbourg 1972). Vgl. vor allem die Regeln Nrn. 7–11.

[50] Art. 8 I lit. b KÜStrV (RE 1972, 35), ähnlich Art. 5 lit. d KiGStr (vgl. auch RE 1970, 32).

[51] Vgl. § 2 I 2 a cc.

[52] Schultz, FS Grützner 140, Dahm I 275/76, 290, Vogler, Revue *39* 1968 436 (ZStrW *81* [1969] 186), Maurach FS 611.

[53] Z.B. nach der Ubiquitätstheorie, beim Kollektiv- oder beim Dauerdelikt.

[54] Breukelaar/Mulder, FS Grützner 39, gehen davon aus, dass der starre Vorrang des Tatortstaates überholt sei.

[55] Betreffs die Wahrung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes: § 4 I 3 b.

cc) Überwiegend verfahrensrechtliche Rechtfertigung der Zuständigkeitsausübung

Anknüpfungspunkte, bei denen die verfahrensrechtliche Begründung im Vordergrund steht, tragen in einem weitern Sinn ebenfalls zur Resozialisierung bei. Umgekehrt kann die Strafverfolgung bzw. die Vollstreckung einer Sanktion im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts prozessuale Vorteile bringen, ein Umstand, den sich die Strassenverkehrskonvention zunutze macht.

Die Forderungen, die Kompetenzordnung solle die Ausfällung einer Gesamtstrafe für mehrere in verschiedenen Staaten begangene Taten ermöglichen, zur besseren Erforschung der materiellen Wahrheit beitragen, Abwesenheitsurteile vermeiden helfen und die Einheit von Verfolgung und Vollstreckung gewährleisten, betreffen nur die Rechtfertigung einer Zuständigkeit zur Strafverfolgung, nicht diejenige zur Vollstreckung [56]. Das Postulat, das Verfahren sei dort durchzuführen, wo der Täter bereits anderer Delikte wegen im Gefängnis sitzt, geht die Kompetenzverteilung schlechthin an [57].

II. Die Kompetenzverteilung als Bestandteil der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen

1. Von der klassischen Rechtshilfe zur internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen

Durch den Vollzug einer zwischenstaatlichen Vereinbarung über die Leistung von Rechtshilfe – Auslieferung, stellvertretende Vornahme von Prozesshandlungen (kleine oder akzessorische Rechtshilfe) – begünstigt das Inland ein Strafverfahren des Auslands [58]. Zwei Elemente stechen hervor: die zwischenstaatliche Vereinbarung, auf der die Hilfe beruht [59], und die Unterordnung der Tätigkeit des Inlandes unter ein Verfahren des Auslandes. Rechtshilfe leisten, ist internationales Verwaltungshandeln, nicht Strafrechtspflege [60].

Die stellvertretende Strafverfolgung wird herkömmlicherweise damit begründet, sie diene als Ersatz für eine aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen

[56] Art. 8 I lit. d, e, g, h, 32 KÜStrV (RE 1972, 35f). Diese Anknüpfungspunkte sind wohl eher dazu bestimmt, einen positiven Kompetenzkonflikt bereinigen zu helfen.

Trotz fast wörtlicher Übereinstimmung von Art. 8 I lit. h KÜStrV mit Art. 5 lit. e KiGStr besitzt jene Bestimmung eine eigene Rechtfertigung (Einheit von Verfolgung und Vollstreckung), während diese als Generalklausel für die Übertragung der Vollstreckung dient (RE 1972, 36; 1970, 32).

[57] Art. 8 lit. c KÜStrV (RE 1972, 35), Art. 5 lit. c KiGStr (RE 1970, 32).

[58] Zu verweisen ist auch auf die hier nicht näher zu behandelnde Zusammenarbeit der Polizeiorgane bei der Ermittlung von Tat und Täter (z. B. im Rahmen der Interpol).

[59] Schultz, AuslR 7, 16.

[60] Schultz, AuslR 12f; BBl *1976* II 456f und 488.

ausgeschlossene Auslieferung [61]. Deshalb sei jene Rechtshilfe wie diese selbst [62]. Dieses Argument hinkt: Dass beide Institute ausländische Strafrechtspflege begünstigen, heisst nicht, dass sie notwendigerweise wesensgleich sind. Dazu kommt, dass das Verfahren im Inland an die Stelle des ausländischen tritt, es ersetzt. Es fehlt also die für die Rechtshilfe charakteristische Unterordnung [63].

Der Hinweis, das stellvertretend verfolgende und strafende Inland übe ein fremdes ius puniendi, taugt wenig, um die Rechtshilfetheorie zu stützen. Die Ausübung einer Zuständigkeit nach Domizilprinzip, eines bodenständigen, originären, unabhängigen «Strafanspruchs» [64], wäre materiell Strafrechtspflege, die stellvertretende Strafverfolgung desjenigen, der im Inland seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, gälte dann, weil auf einem fremden, derivativen, abgeleiteten ius puniendi gründend, als Rechtshilfe. Eine gerechtfertigte Unterscheidung, wenn sich die beiden Zuständigkeiten in diesem Fall einzig darin unterscheiden, dass jene generell-abstrakt besteht, diese einer Vereinbarung im Einzelfall vorbehalten bleibt...?

Die stellvertretende Strafverfolgung ist echte Strafrechtspflege[64a]. Dieses Prädikat kann ihr nicht deshalb abgehen, weil sie aufgrund einer Vereinbarung mit einem andern Staat erfolgt. Denn die Frage des inländischen Verfahrens ist die übliche, ob der Täter gefehlt habe und zu bestrafen sei, und der Vollzug der Sanktion erfolgt um des Strafzwecks willen. Dieser ist nicht bloss (prozessual) die Vollstreckung des Urteilsspruchs, sondern vor allem (materiell) das Mittel zur Erreichung des Strafzwecks, und es ist gleichgültig, ob dieser darin bestehe, dem Täter ein Übel zuzufügen oder ihn in die Gesellschaft wiedereinzugliedern. Deshalb ist auch die Vollstreckung fremder Strafentscheide Strafrechtspflege [65]. Der zusätzlichen Begründung, die Kompetenzverteilung diene der Resozialisie-

[61] § 2 I 2 a.

[62] Von Cleric, FS Zürcher 130 f, Hänni 43.

[63] Dass die stellvertretende Strafverfolgung die Funktion der Rechtshilfe übernimmt, bedeutet nicht, dass sie Rechtshilfe sei, um so mehr sie im Rahmen der Kompetenzverteilung ein erweitertes Anwendungsfeld vorfindet; vgl. § 2 II 3.

[64] § 2 Anm. 30.

[64a] Hulsman, 113/4 und 128, unterscheidet zwischen primärer und sekundärer Rechtshilfe; Auslieferung und kleine Rechtshilfe gehören zu dieser, die Übernahme der Strafverfolgung und der Vollstreckung zu jener! Gl. M. Melai 93; zweifelnd Duk 139. Eine Art Rechtshilfe in der Übernahme der Verfolgung erblickend Jescheck, Maurach FS 586 (vgl. aber AT 134); die Frage offenlassend Golsong 116. Die Theorie von Hulsman lehnt ab Schultz, Formes Nouvelles 94 f.

[65] Grützner, GA *1970* 104, 106 f: Für ihn ist entscheidend, wer Herr über das Verfahren ist. Danach sind die Überwachung nach Art. 10 ff ÜK sowie die Vollstreckung nach Art. 16 ff ÜK der Rechtshilfe zuzuordnen, während die Durchführung der Vollstreckung gemäss Art. 22 ÜK Strafrechtspflege ist. Die Betrachtungsweise entspricht im Ergebnis derjenigen, welche als typisches Merkmal der Rechtshilfe die Unterordnung der inländischen Tätigkeit unter ein ausländisches Verfahren erkennt. Wenn Grützner (106 und 107) im gleichen Zuge folgert, vor allem die Befugnis zur Begnadigung indiziere die Herrschaft über das Verfahren verlässt er die hier vertretene und nähert sich der «Ius-puniendi-Theorie» (vgl. § 2 Anm. 62).

Zwischen der stellvertretenden Strafverfolgung und der stellvertretenden Vollstreckung besteht ein wesentlicher Unterschied: In jenem Fall wird als Aufgabe die Strafrechtspflege schlechthin

rung des Rechtsbrechers [66] oder der Aufenthaltsstaat befriedige durch die stellvertretende Verfolgung bzw. Vollstreckung ein eigenes Sicherheitsbedürfnis [67], bedarf sie nicht.

Mit der klassischen Rechtshilfe haben die stellvertretende Strafverfolgung und die Vollstreckung fremder Strafentscheide die vorangehende zwischenstaatliche Einigung gemein. Die Vereinbarung ist indessen ein Merkmal der Kompetenzverteilung überhaupt, die auch unabhängige Zuständigkeiten erfasst.

Die Auslieferung soll die rechtliche Gerichtsunterworfenheit des Täters zu einer tatsächlichen werden lassen, den Verfolgten oder Verurteilten der Gewalt desjenigen Landes unterstellen, das sich zur Verfolgung oder Vollstreckung einer strafrechtlichen Sanktion zuständig erachtet [68]. Das Auslieferungsrecht lässt theoretisch jede internationalstrafrechtliche Zuständigkeit zur Rechtfertigung eines Ersuchens genügen [69]. Auslieferung liegt begrifflich auch dann vor, wenn sie der Tatortstaat zugunsten eines andern nach seinem Recht zuständigen Staats durchführt [70]. Das soll nach SCHULTZ nicht gelten, wenn die Zuständigkeitsausübung des verfolgenden bzw. vollstreckenden Landes auf einer Kompetenzverteilung beruht. In diesem Fall zöge er den Ausdruck Zuführung vor, weil der eine (z.B. der Tatortstaat) an den andern Staat (z.B. den Staat des gewöhnlichen Aufenthalts) eine Aufgabe überwälze, die zu erfüllen ihm obläge [71]. Diese Aufgabenübertragung ist indessen weder Begleitumstand noch Folge der Zuführung, sondern dieser, weil Gegenstand der Kompetenzverteilung, selbständig vorgelagert!

Wenn es gerechtfertigt ist, der Auslieferung ein ihr wesensgleiches Institut andern Namens beizuordnen, dann geschieht dies nicht mit Rücksicht darauf, dass die an der Zuführung beteiligten Staaten gegenüber den Gebräuchen der

übernommen, in diesem nur ein Teilbereich, da die gerichtliche Verfolgung bereits stattgefunden und im zu vollstreckenden Urteil ihren Niederschlag gefunden hat. Deshalb ist es nicht ganz zu Unrecht, wenn SCHULTZ, ZStrW *81* (1969) 240 (vgl. auch Formes Nouvelles 95), die Übernahme der Vollstreckung als Rechtsinstitut eigener Prägung auffasst.

Einen Fall von Rechtshilfe regelt Art. 97 E IRSG (Benutzung schweizerischer Anstalten durch das Ausland).

66 Vgl. auch BREUKELAAR/MULDER, FS Grützner 39.

67 Jedermann, der gegen eine Norm, die zu beachten ihm bei Drohung mit Strafe oblag, verstossen hat, bedeutet für den Aufenthaltsstaat wegen der Gefahr allgemeiner oder spezieller Rückfälle ein Sicherheitsrisiko. Soll der Täter aus dem Staat des gewöhnlichen Aufenthalts fremdenpolizeilich weggewiesen oder ausgeliefert werden oder soll dieser die Strafverfolgung oder die Vollstreckung des fremden Urteils übernehmen?

68 Vgl. die Definition zuhanden des X. Internationalen Strafrechtskongresses, zit. bei SCHULTZ, ZStrW *81 (1969) 202: «Die Auslieferung ist eine zwischenstaatliche Rechtshilfehandlung in Strafsachen, die abzielt auf die Überstellung eines strafrechtlich Verfolgten oder Verurteilten aus dem Bereich der Gerichtsgewalt eines Staates in den Bereich der Gerichtsgewalt des andern Staates.»*

69 SCHULTZ, AuslR 64.

70 SCHULTZ, AuslR 73/74; vgl. aber die Bemerkung in AuslR 65 und die folgende Anm. Art. 7 I AuslK, Art. 32, 1 E IRSG.

71 SCHULTZ, FS Grützner 141/147.

herkömmlichen Rechtshilfe in der Regel in vertauschten Rollen auftreten [72], sondern der Verschiedenheit der mit diesen beiden Instrumenten verfolgten Ziele wegen: dort Hilfe bei der Ausübung einer unabhängigen Zuständigkeit, hier prozessualer Sukkurs [73] der zwischenstaatlich zur Ausübung vereinbarten Kompetenz [74]. Zuführung heisst dann die Übergabe des Täters oder Verurteilten von den Behörden des einen an der Kompetenzverteilung beteiligten Staates an die Organe des andern, damit dieser die Strafverfolgung oder Vollstreckung einer strafrechtlichen Sanktion durchführe [75].

Wenn die Kompetenzverteilung die Zuführung des Täters nach sich ziehen kann, vermag sie umgekehrt Auslieferungsfälle zu verhindern, die sich zur Verwirklichung der herkömmlichen Zuständigkeitsordnung aufdrängen: z. B. wenn der Tatortstaat dem Aufenthaltsstaat, in welchen sich der Täter geflüchtet hat, der besseren Resozialisierungsaussichten wegen die Strafverfolgung überlässt.

Weil die Rechtshilfe und die Kompetenzverteilung sich wechselseitig ergänzen, Mittel sind, innerhalb einer solidarischen Staatengemeinschaft zu einer lükkenlosen, der Wiedereingliederung des Rechtsbrechers verpflichteten Strafverfolgung über Landesgrenzen hinweg beizutragen, ist es angemessen, sie beide einem Oberbegriff unterzuordnen: dem der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen [76].

2. Hauptgrundsätze der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen

a) Prinzipielle Überlegungen

Wenn der Gesetzgeber sich z. B. entschliesst, die Auslieferung zu ermöglichen, ohne dass die Strafbarkeit nach seinem Recht vorliege, oder wenn er auch nur von gewissen Merkmalen der beidseitigen Strafbarkeit absieht, sollte er dieselben Regeln auf die mit der Auslieferung konkurrierenden Formen der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen [77] ausdehnen. Er macht sich

[72] Die Auslieferung kann auch angeboten werden; vgl. SCHULTZ, ZStrW *81* (1969) 205; CPI Art. 13 al. 3.

[73] Die Auslieferung ist ein Institut des Verfahrensrechts; vgl. SCHULTZ, AuslR 12f. Das muss auch für die Zuführung gelten.

[74] Die «Auslieferung» aus dem Tatortstaat ist keine Auslieferung, sondern eine Zuführung, wenn ihr die spezifischen Wirkungen der Kompetenzverteilung zukommen, namentlich die Möglichkeit, die im ersuchenden Staat erfolgende materiellrechtliche Erledigung der Strafsache anzuerkennen. Vgl. aber die uneinheitliche Terminologie im E IRSG: Art. 5 und 99 einerseits und Art. 32, 1 andererseits.

[75] Auch der Europarat befleissigt sich keiner einheitlichen Ausdrucksweise: RE 1972, 54 im Vergleich zu Art. 43 KiGStr (RE 1970, 65f).

[76] SCHULTZ, Formes Nouvelles 94/95; vgl. auch B 13.

[77] Weil die kleine Rechtshilfe nicht unmittelbar mit den andern Formen konkurriert, scheidet sie aus.

sonst verantwortlich für die Konstellation, dass für eine Tat wohl ausgeliefert, jedoch nicht die Verfolgung oder Vollstreckung übernommen werden kann, obwohl das Verfahren im gewohnten Milieu unbedingt vorzuziehen wäre.

Die Voraussetzungen der Kompetenzverteilung auf der einen und die der Auslieferung und Zuführung auf der andern Seite [78] sind deshalb soweit wie möglich [79], sinnvoll [80] und der Natur der Sache entsprechend [81] aufeinander abzustimmen und zu gemeinsamen Grundsätzen der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen zu vereinen.

Diese Grundsätze sind, wenn überhaupt, nur bedingt anwendbar, wenn der Täter sich im Inland aufhält [82], dieses eine unabhängige Zuständigkeit besitzt und das Ausland geneigt ist, auf die Ausübung einer eigenen Kompetenz zu verzichten: Ob und unter welchen Voraussetzungen das Verfahren im Inland geführt wird, bestimmt die unabhängige Zuständigkeitsnorm entweder ausschliesslich [82a] oder – als Vorbehalt in einem internationalen Abkommen – sofern diese erleichterte Bedingungen anbietet [83].

b) Die beidseitige Strafbarkeit

aa) Im allgemeinen

Ob und weshalb die beidseitige Strafbarkeit beibehalten werden soll oder nicht und – falls ja – in welcher Form, waren und sind im Auslieferungsrecht häufig diskutierte, hier nicht näher zu untersuchende Streitfragen [84]. Es möge genügen, auf zweierlei zu verweisen: die Erkenntnis, dass Lösungen nicht

[78] Auslieferung und Zuführung sind prozessuale Institute. Nicht nur deshalb sind deren Voraussetzungen einander anzugleichen, sondern dies ist auch geboten, weil von Zufälligkeiten abhängen kann, welche Form im Einzelfall zum Zuge kommt. Damit ist die von SCHULTZ, FS Grützner 146, gestellte Frage beantwortet.

Art. 43 KiGStr (RE 1970, 65f) verfügt, dass der Verurteilte nach Abschluss der zwischenstaatlichen Vereinbarung in den ersuchten Staat zur Vollstreckung zu führen ist, sofern das Recht des ersuchenden Staates es nicht anders bestimmt. D.h. das nationale Auslieferungsrecht bzw. das europäische Auslieferungsabkommen sind zu beachten.

Art. 99 E IRSG unterwirft die Zuführung der Zustimmung des Verurteilten. Diese ist entbehrlich, wenn er ausgeliefert werden könnte!

[79] Das Verbot der Auslieferung eigener Staatsangehöriger ist nicht vorausgesetzt, es werde beibehalten – auf die Verfolgungs- oder Vollstreckungsübernahme, sondern auf die Zuführung auszudehnen (RE 1970, 66).

[80] Der bei der Auslieferung (oder Zuführung) gebotene und sinnvolle Ausschluss der Zusammenarbeit bei Bagatelldelikten (Art. 2 I AuslK) ist unter bestimmten Voraussetzungen nachgerade ein Anlass, die Kompetenzverteilung zu üben.

[81] Bussen können überall dort vollstreckt werden, wo der Verurteilte Vermögen besitzt, so dass hiefür eigene Voraussetzungen gerechtfertigt sind (vgl. Art. 91, 3 E IRSG).

[82] Befindet er sich nicht im Inland, sind zufolge der notwendig werdenden Auslieferung oder Zuführung die internationalen Grundsätze anwendbar, wenn nicht ein Abwesenheitsverfahren geführt werden soll.

[82a] Z.B. Art. 3 ff StrGB (namentlich auch für die stellvertretende Vollstreckung der im Ausland ausgesprochenen Sanktion).

[83] Art. 5 KÜStrV, Art. 26 SVK.

[84] SCHULTZ, ZStrW *81* (1969) 211 ff mit weitern Hinweisen, ebenso Formes Nouvelles 92.

isoliert für das Auslieferungsrecht getroffen werden sollten (lit.a), und die Tatsache, dass die meisten nationalen Auslieferungsgesetze [85] und die Konventionen des Europarats über die Auslieferung und die Kompetenzverteilung an der beidseitigen Strafbarkeit in concreto [86] festhalten [87].

Die Auslieferung soll dem ersuchenden Staat zur Durchsetzung einer Strafpflicht verhelfen. Ist im Auslieferungsverfahren offenkundig, dass diese fehlt, rechtfertigt sich die zwangsweise Übergabe des Täters nicht. Der Auslieferungsrichter hat deshalb der Frage nachzugehen [88]. Haben die zuständigen Gerichte des ersuchenden Staates bereits geurteilt, mag eine Überprüfung des Entscheids unterbleiben. Weshalb auch sollte ein Verurteilter, dem im Ausland noch Rechtsmittel offenstehen, der diese ausgeschöpft oder eventuell darauf verzichtet hat, durch seine Flucht zu einer revisio in iure kommen [89]? Im ersuchten Staat ist in einem solchen Fall selbstverständlich zu würdigen, ob materiellrechtliche Gründe den Vollzug der Sanktion hindern [90]. Auf die vorfrageweise Prüfung der Strafbarkeit bzw. der materiellrechtlichen Vollstreckbarkeit sollte auch im Verfahren, das eine Kompetenzverteilung zum Gegenstand hat, nicht verzichtet werden. Sie dient der Klarheit und der Prozessökonomie.

Die Begründung dafür, dass die Strafbarkeit nach dem Recht des ersuchten Staates gefordert wird, hat zwei Wurzeln: Einmal lehrt der – zwar in den Überlegungen der Akademiker und in neueren Gesetzen zurückgedrängte – in der Praxis nicht so schnell verschwindende Gedanke der Gegenseitigkeit [91], eine Auslieferung sei nur dann zu gewähren, wenn der ersuchte Staat für die gleiche Tat dieselbe Hilfe auch erlangen könnte. Zum zweiten erschiene es als stossend, gegen eine Person staatliche Gewalt zu üben, in ihre persönliche Freiheit einzugreifen, wenn sie im Inland für dieselbe Handlung nicht bestraft würde, falls sie nach dem hier geltenden Gesetz beurteilt würde [92]. Die hypothetische Strafbarkeit [93] nach dem Recht des ersuchten Staates spielt im Verfahren im ersuchenden Staat keine Rolle mehr. Also ist das zur Zeit des Entscheides über die Auslieferung geltende Recht anwendbar [94]. Analogerweise könnte für die

[85] Schultz, § 2 Anm. 84.

[86] Zum Begriff: Schultz, AuslR 324/327.

[87] RE 1972, 32ff; 1970, 6, 11, 27ff. Zur AuslK: Schultz, Aspects 12ff, Duk, Aspects 38ff. Das europäische Rechtshilfeabkommen sieht grundsätzlich von der beidseitigen Strafbarkeit ab, vgl. aber seinen Art. 5 I lit.a.

[88] Schultz, AuslR 312.

[89] Vgl. auch RE 1970, 27, 65.

[90] Vgl. auch Art. 12 I KiGStr.

[91] Schultz, ZStrW *81* (1969) 206ff mit Hinweisen; derselbe: Aspects 10ff.

[92] Schultz, AuslR 313.

[93] Sie ist – formell – eine tatsächliche im Rahmen der Kompetenzverteilung, wenn die Verfolgung nach der lex fori geschieht und diese zur Zeit der Tat bereits anwendbar war. Vgl. Art. 2 KÜStrV und dazu RE 1972, 25.

[94] Schultz, AuslR 322.

Fälle der Kompetenzverteilung gefolgert werden, in denen das Inland keine unabhängige Zuständigkeit besitzt, einem Täter sei es verwehrt, sich im Strafverfahren darauf zu berufen, die Übernahmebehörde habe fälschlicherweise die Strafbarkeit nach dem eigenen Recht bejaht oder seit ihrem Entscheid sei ein milderes inländisches Gesetz in Kraft getreten oder die Verfolgung verjährt. Sofern dem strafbaren Verhalten das Recht des ersuchenden Staates zugrunde gelegt wird, müsste der Täter im Inland für eine hier straflose Tat behelligt werden. Das widerspräche dem oben wiedergegebenen Hauptmotiv für die beidseitige Strafbarkeit, vertrüge sich auch nicht mit dem Gebot der Gleichbehandlung: Wer unter eine unabhängige landesrechtliche Zuständigkeit für eine Auslandstat fällt, kann sich bis zum rechtskräftigen Urteil auf den einseitigen Wegfall der Strafbarkeit berufen. Die einzige angemessene Rechtsfolge ist deshalb die, die zwischenstaatliche Vereinbarung zu widerrufen, wenn sich im Strafverfahren ergibt, dass die Strafbarkeit nach dem Recht des ersuchten Staates aufgrund unzutreffender Tatsachen bejaht wurde, oder wenn diese seit dem Übernahmeentscheid weggefallen ist [95]. Dieselbe Regel gilt auch, wenn das strafbare Verhalten nach der lex fori beurteilt wird. Diese kommt ja praktischer, nicht logischer Gründe wegen zum Zuge [96].

Wenn der Exequaturrichter die Strafbarkeit nach dem Recht des ersuchten Staates frei überprüfen kann, erübrigt sich ein Widerruf des Akzepts, falls die Strafbarkeit im Übernahmeverfahren falsch beurteilt wurde oder seither weggefallen ist. Denn der die Vollstreckung ablehnende Entscheid ist nicht dem Freispruch gleichzusetzen, der ein weiteres Vorgehen gegen den Verurteilten im ersuchenden Staat hindert. Ein nach der Vollstreckbarerklärung auftretendes Hindernis (z. B. der Eintritt der Vollstreckungsverjährung nach dem Recht des ersuchten Staats) ist hingegen durch Widerruf des Akzepts zu berücksichtigen [97].

Soll, wenn das Inland bezüglich der verfolgten Tat eine unabhängige internationalstrafrechtliche Zuständigkeit besitzt, bei der Überprüfung der Strafbarkeit nach dem eigenen materiellen Recht die hypothetische, umgestellte Strafbarkeit massgebend sein oder die tatsächliche? Jene zu berücksichtigen, geböte die Gegenseitigkeit. Wegen der Unmöglichkeit, im Inland für eine tatsächlich nicht oder nicht mehr strafbare Tat ein Verfahren zu führen, und wegen des rechtsstaatlich bedingten Unwillens, einen Täter hiefür auszuliefern, ist dieser, der tatsächlichen Strafbarkeit, zu folgen. Der praktische Wert dieser Lösung zeigt sich darin, dass mangels Sondernormen ausländische Untersuchungs- und Verfolgungshandlungen sowie der dort frist- und formgerecht gestellte Strafan-

[95] § 3 III 1 b.
[96] § 4 I 1.
[97] Vgl. Art. 40 I lit. b und 11 II lit. c a. E. KiGStr, dazu § 3 III 1 b cc.

trag nach dem eigenen Recht unbeachtlich sind und die inländische Begnadigung und Amnestie die Zusammenarbeit hindern [98].

bb) Die beidseitige Strafbarkeit in den Konventionen des Europarats

aaa) Grundsätzlich

Die beidseitige Strafbarkeit ist festgehalten in Art. 2 I AuslK, 4 I KiGStr [99], 6 I i.V.m. 7 KÜStrV [100], 4 ÜK und Art. 2 I SVK.

Art. 7 II AuslK lehrt, der Sachverhalt sei – wie es der Regel entspricht [101] – auch in bezug auf die internationalstrafrechtliche Zuständigkeit umzustellen. Dagegen fingieren Art. 4 I KiGStr und 7 I KÜStrV für die Prüfung der Strafbarkeit nach dem Recht des ersuchten Staates die Begehung der Handlung im Inland.

bbb) Die Verjährung

Ihre Rechtsnatur ist umstritten: Berührt sie die Strafbarkeit oder die Verfolgbarkeit der Tat [102]? Das Auslieferungsabkommen erwähnt sie, Schwierigkeiten vorbeugend, besonders: Die Auslieferung ist ausgeschlossen, wenn die Verfolgungs- oder Vollstreckungsverjährung nach dem Recht des ersuchenden [103] oder ersuchten Staates eingetreten ist (Art. 10).

Mangels spezieller Vorschrift ist die Prüfung nach dem Recht des ersuchten Staates derart vorzunehmen, dass die ausländischen Untersuchungs-, Verfolgungs- und Vollstreckungshandlungen als von den inländischen Behörden vorgenommen betrachtet werden [104], wenn nicht das Inland eine konkurrierende internationalstrafrechtliche Zuständigkeit besitzt.

Die Abkommen zur Kompetenzverteilung beschreiten teilweise andere Wege:

Nach der KÜStrV verlängert die Stellung eines Ersuchens die laufende Verfolgungsverjährung im ersuchenden und ersuchten Staat um sechs Monate (Art. 22 und 23) [105]. Die verjährungsunterbrechenden Handlungen der Behör-

98 SCHULTZ, Aspects 14. Vgl. nun Art. 33 i.V.m. Art. 24 I und 26 sowie Anhang I lit. f KÜStrV.

99 RE 1970, 27 ff.

100 RE 1972, 32 ff.

101 SCHULTZ, AuslR 331.

102 Vgl. die Hinweise bei SCHULTZ, Neue Entwicklungen 322 Anm. 39.

103 RE AuslK 20: Die Mehrheit der Experten für den Entwurf eines Auslieferungsabkommens habe die Meinung vertreten, ob die Verjährung nach dem Recht des ersuchenden Staates eingetreten sei oder nicht, sei durch die Behörden des ersuchten Staates nicht zu prüfen, sondern durch Nachfrage im ersuchenden Staat zu klären.

104 SCHULTZ, AuslR 344.

105 Art. 22 KÜStrV und 6 I al. 1 SVK sollen verhindern, dass die Verjährung während des Übernahmeverfahrens bzw. bis zu einem allfälligen Widerruf des Akzepts eintritt; RE 1972, 27. Vgl. auch SCHULTZ, Strafbestimmungen zum SVG 122.

Gegenüber Art. 22 f KÜStrV sind Vorbehalte möglich (Anhang I lit. c und d).

den des ersuchenden Staates besitzen im ersuchten dieselbe Rechtswirkung und umgekehrt (Art. 26 II) [105a]. Wenn der ersuchte Staat zur Verfolgung autonom zuständig ist, wird dessen Verjährung durch die Stellung des Ersuchens nicht verlängert (Art. 23) und Art. 26 II ist unbeachtlich, entweder schlechthin bei entsprechendem Vorbehalt (Anhang I lit. f) oder wenn zu prüfen ist, ob die Verjährung im Zeitpunkt des Empfangs des Übernahmebegehrens bereits eingetreten war (Art. 11 lit. f). In beiden Fällen ist indessen Art. 26 I zu berücksichtigen [106], der bestimmt, dass die Verfolgungshandlungen des ersuchenden Staats im ersuchten zu würdigen seien, wie wenn sie von dessen Behörden vorgenommen worden wären [107].

Nach der in der SVK getroffenen Lösung beendet die Stellung des Ersuchens den Lauf der Verjährung. Dieser beginnt erneut, und zwar in voller Länge, wenn der ersuchende Staat wiederum zur Verfolgung zuständig wird [108], spätestens aber nach sechs Monaten seit Stellung des Übernahmebegehrens (Art. 6 I al. 2). Art. 6 II al. 1 schreibt vor, dass die Verjährung im ersuchten Staat erst mit Erhalt des Ersuchens läuft. Diese Regel gilt auch, wenn der ersuchte Staat eine unabhängige Zuständigkeit besitzt [109]. Eine Art. 26 KÜStrV analoge Vorschrift ist entbehrlich.

Soweit die Konventionen die Übernahme der Vollstreckung regeln, müssen sie sich auch mit der Vollstreckungsverjährung befassen. Ob die Verfolgungsverjährung nach dem Recht des ersuchenden Staates zur Zeit der Urteils eingetreten war, ist – wie die Strafbarkeit überhaupt [110] – nicht zu untersuchen. Im Gegensatz zu Art. 9 I lit. b SVK und Art. 7 I lit. d ÜK sieht die KiGStr nicht vor, dass der ersuchte Staat zu prüfen habe, ob die Vollstreckungsverjährung im ersuchenden Staat im Zeitpunkt der Stellung des Übernahmebegehrens eingetreten war. Der erläuternde Bericht tut dies mit der lakonischen Bemerkung ab, ein Ersuchen hätte in diesem Fall gar nicht gestellt werden dürfen [111].

Dafür gestattet die KiGStr – anders als die SVK und die ÜK – eine Erklärung der Vertragsstaaten, solchen Urteilen die Vollstreckbarkeit zu versagen, die verkündet wurden, als die eigene Strafverfolgung bereits verjährt gewesen wäre (Anhang I lit. c). Was die Vollstreckungsverjährung nach dem Recht des ersuchten Staates angeht, stimmen die Konventionen darin überein, dass sie zu

[105a] Obwohl der RE 1972, 50 nur die Verfolgungsverjährung erwähnt, muss Art. 26 II KÜStrV auch auf die Unterbrechung der Vollstreckungsverjährung anwendbar sein, wenn Gegenstand der Übernahme der Strafverfolgung eine Tat ist, welche im ersuchenden Staat rechtskräftig beurteilt worden ist. Vgl. auch Art. 8 KiGStr.

[106] Art. 33 i. V. m. Art. 26 I KÜStrV

[107] Vgl. auch Art. 26 IV KiGStr.

[108] Vgl. § 2 Anm. 105.

[109] Gegenüber Art. 6 SVK ist ein Vorbehalt möglich (Anhang II Zif. 1 lit. b).

[110] RE 1970, 27; § 2 II 2 b aa.

[111] RE 1970, 38.

berücksichtigen sei (Art. 6 lit. 1 KiGStr, 9 I lit. b SVK und Art. 7 I lit. d ÜK). Nach der KiGStr ist sie jedoch nur ein fakultativer Ablehnungsgrund. Allein die KiGStr enthält eine mit Art. 26 II KÜStrV vergleichbare Bestimmung, dass die (verfolgungs- und vollstreckungs-)verjährungsunterbrechenden Handlungen der Behörden des ersuchenden Staates im ersuchten dieselbe rechtliche Wirkung besitzen (Art. 8). Dazu bleibt die Erklärung der Vertragsstaaten vorbehalten, in den Fällen unabhängiger Zuständigkeit zu prüfen, ob die verjährungsunterbrechenden Handlungen der Organe des Urteilsstaates denselben Effekt nach ihrem Recht hätten (Anhang I lit. e) [111a].

ccc) Der Strafantrag

Er gibt ebenfalls seit jeher zu Kontroversen Anlass. Besitzt er materielle oder formelle Kraft oder beides [112]? Die AuslK erwähnt ihn nicht.

Unabhängig von seiner Rechtsnatur muss er im ersuchenden Staat frist- und formgerecht gestellt worden sein. Die Auslieferung zur Strafverfolgung hat keinen Sinn, wenn der Täter mit Sicherheit nicht verfolgbar sein wird oder freigesprochen werden muss [113].

Da die Strafbarkeit nach dem Recht des ersuchenden Staates nicht zu überprüfen ist, ist das Fehlen einer Bestimmung über den Strafantrag in der KiGStr, der ÜK und der SVK für den Fall der Übernahme der Vollstreckung nicht zu bemängeln [114].

Ob der nur nach dem Recht des ersuchten Staates notwendige Antrag beachtlich sei oder nicht, entscheidet sich danach, ob er als reine Prozessvoraussetzung oder als objektive Strafbarkeitsbedingung zu werten ist [115]. Hier ist die Zusammenarbeit zu verweigern, dort nicht. Diese Konsequenz ist in bezug auf die Kompetenzverteilung nicht befriedigend. Es ist deshalb zu bedauern, dass der Europarat nur im Bereich der Strafverfolgung Sonderrecht geschaffen hat.

Art. 24 I KÜStrV, der bestimmt, dass der nach den Gesetzen des ersuchenden und ersuchten Staates erforderliche Antrag auch im zweiten Land als gestellt gilt, wenn er im ersten frist- und formgerecht [116] deponiert wurde, beschreitet im Vergleich zum Auslieferungsrecht keine neuen Wege [117], wirkt jedoch klärend; anders Art. 24 II KÜStrV: «Si une plainte n'est nécessaire que dans l'Etat

[111a] Das entspricht der zur Verfolgungsverjährung vertretenen Lösung: § 2 Anm. 106 und § 2 II 2 a bb bbb.

[112] § 2 Anm. 102.

[113] Von Cleric, SJZ *18* (1921) 113, Zimmerli 40; vgl. aber Schultz, AuslR 338.

[114] RE 1970, 27; § 2 II 2 b aa.

[115] RE 1970, 29; a. M. Kohler, IntStrR 199 f.

[116] RE 1972, 49.

[117] Die Regel gilt jedoch auch, wenn der ersuchte Staat bereits zur Verfolgung zuständig ist; vgl. § 2 Anm. 98.

requis, cet Etat peut exercer la poursuite, même en l'absence de plainte, si la personne habilitée à la former ne s'y est pas opposée dans un délai d'un mois à compter de la réception de l'avis par lequel l'autorité compétente l'informe de ce droit.» Art. 6 II al. 2 SVK erklärt bezüglich desselben Themas, dass die Frist zur Stellung des Antrags erst am Tag des Erhalts des Übernahmebegehrens zu laufen beginnt [118]. Beide Bestimmungen gehen über den Anwendungsbereich der echten Strafverfolgungsübernahme hinaus. Denn sie gelten auch in Fällen positiver Kompetenzkonflikte und gehen dem Landesrecht vor [119].

Im Zusammenhang mit dem Strafantrag bleibt zu erwähnen, dass die kleine Expertenkommission im Europarat eine Bestimmung, nach welcher der nur im ersuchende Staat notwendige Strafantrag frist- und formgerecht gestellt sein müsse, damit die Übernahme möglich sei, für entbehrlich hielt. Es verstehe sich von selbst, dass der ersuchende Staat keine Strafverfolgung übertragen dürfe, die er nicht führen könnte [120].

c) Die Prozessvoraussetzungen

aa) Im allgemeinen

Es gilt zu unterscheiden zwischen Prozessvoraussetzungen im engeren Sinn (Strafverfolgungsvoraussetzungen) einerseits und Verfahrens- sowie Sachgestaltungsvoraussetzungen andererseits [121]. Zu diesen gehört beispielsweise die sachliche und örtliche Zuständigkeit, die ordnungsgemässe Besetzung des Gerichts, die Verhandlungsfähigkeit des Angeschuldigten [122], ferner die in der Verhandlung geschöpfte Überzeugung des Gerichts als Voraussetzung für die urteilsmässige Sachgestaltung [123]. Unter jenen sind zu nennen die Gerichtsbarkeit, die Ermächtigung zur Verfolgung von Magistraten und Beamten (positive Strafverfolgungsvoraussetzungen), die abgeurteilte Sache, die diplomatische Immunität (negative Strafverfolgungsvoraussetzungen, Prozesshindernisse), nach gewissen Theorien auch der Strafantrag, die Verfolgungsverjährung, das Kindesalter, Amnestie und Begnadigung [124].

Im klassischen Auslieferungsrecht sind die Prozessvoraussetzungen, weil

[118] Die Lösung der SVK unterlag in den Beratungen der kleinen Expertenkommission zur KÜStrV mit 3:4 Stimmen bei einer Enthaltung. Gegen sie sprachen praktische Einwände und das Bestreben, die Übernahme der Strafverfolgung zu erleichtern. Allerdings wird nicht immer leicht sein, alle Personen «habilitées à former une plainte» zu finden und zu avisieren, wie nun Art. 24 II KÜStrV vorschreibt. Dazu RE 1972, 49 und Prot. 3/9.

[119] Vgl. § 2 Anm. 98, aber auch § 2 Anm. 109 bezüglich des Vorbehalts zu Art. 6 SVK.

[120] Prot. 3/8; Projet HULSMAN, DPC/CEPC IV (66) 14 Art. 22 I.

[121] PETERS 236.

[122] Weitere Beispiele bei PETERS 238.

[123] PETERS 238 f mit verständlicher Umschreibung des Begriffs Sachgestaltungsvoraussetzungen.

[124] PETERS 10 f, 236 ff.

nicht zum Begriff der beidseitigen Strafbarkeit gehörend [125], in der Regel unbeachtlich. Das ist ohne Zweifel zutreffend mit Bezug auf Verfahrens- und Sachgestaltungsvoraussetzungen. Was die Prozessvoraussetzungen im engern Sinn angeht, hängt die Beurteilung davon ab, was unter den Begriff alles subsumiert wird und ob allenfalls besondere Normen gebieten, das Vorliegen oder Fehlen gewisser ihnen zu Recht oder zu Unrecht zugeordneter Institute zu überprüfen [126]. Zwar bereitet es Mühe, sich vorzustellen, jemand könne ausgeliefert werden, der im ersuchenden Staat nicht verfolgbar sein wird. Das ist theoretisch möglich, wenn daran festgehalten wird, dass Strafverfolgungsvoraussetzungen schlechthin nicht beachtlich sind [127]. So oder so ist es beruhigend, dass die verfolgte Person ihr Recht in dem im ersuchenden Staat geführten oder zu führenden Verfahren wird durchzusetzen wissen. Weil die Übernahme der Strafverfolgung zu einem Verfahren im ersuchten Staat führt, gilt hier diese Überlegung nicht. Deshalb muss untersucht werden, ob die Strafverfolgungsvoraussetzungen nach dem Recht des ersuchenden Staates das Verfahren gestatten [128]. Die Kompetenzverteilung darf nicht dazu führen, dass gewisse Strafverfahren nur ihretwegen möglich werden [129].

Vorbehältlich einer Sonderregelung für die Berücksichtigung bestimmter in ihrer rechtlichen Natur umstrittener Institute gilt die Regel, dass nur die nach dem Recht des ersuchenden Staates massgebenden Strafverfolgungsvoraussetzungen vorhanden sein müssen [130]. Andererseits sind allein die Verfahrens- und Sachgestaltungsvoraussetzungen der lex fori beachtlich.

Zwei von der Natur der Sache diktierte Ausnahmen sind zu erwähnen: Eine Person, die im ersuchenden Staat diplomatische Immunität geniesst, ist im ersuchten verfolgbar, wenn sie hier denselben Status nicht besitzt [131]. Zweitens: Stünde im ersuchenden Staat dem Strafverfahren die res iudicata entgegen, kann der ersuchte die Tat trotzdem noch einmal beurteilen, wenn die Strafpflicht noch nicht untergegangen und er nicht ausdrücklich verpflichtet ist, die Sanktion wie eine Behörde des ersuchenden Staates unmittelbar zu vollstrekken [132].

Ein Wort zur Vollstreckungsübernahme: Die Prozessvoraussetzungen nach dem Recht des ersuchenden Staates sind aus demselben Grund wie die Strafbar-

[125] SCHULTZ, AuslR 336.

[126] Zum Fehlen einer Norm über den Strafantrag in der AuslK: DUK, Aspects 46.

[127] Vgl. § 2 Anm. 113, aber auch B 28.

[128] Vorbehalten die Fälle der «unechten» Übernahme der Strafverfolgung (Art. 5 KÜStrV und Art. 26 SVK).

[129] Vgl. HÄNNI 100, VON WEBER, ZStrW *81* (1969) 194; Prot. 3/8.

[130] Ebenso Prot. 1/4.

[131] Dieser Fall ist eher theoretisch, denn das Heimatland wird meistens eine unabhängige landesrechtliche Zuständigkeit in die Waagschale legen.

[132] § 2 II 2 c bb.

keit nicht zu überprüfen [133]. Gleich ist mit denjenigen nach dem Recht des ersuchten Staates zu verfahren, wenn nicht Sondernormen das Gegenteil verfügen [134]. Die Analogie zur Strafverfolgungsübernahme zeigt sich jedoch darin, dass die Endgültigkeit und Vollstreckbarkeit des Urteils nach dem Recht des ersuchenden Staates, beides prozessuale Institute, nicht ausser acht bleiben dürfen [135].

bb) Ne bis in idem

Das Verbot erneuter Strafverfolgung im Anschluss an ein rechtskräftiges Urteil ist wie die Sperrwirkung, welche die Rechtshängigkeit der Sache begründet, im Verfahrensrecht anzusiedeln. Davon streng zu unterscheiden ist die materiellrechtliche Kraft, welche die Verbüssung einer strafrechtlichen Sanktion entfaltet und die sich im Verbot doppelter Bestrafung und im Anrechnungsprinzip äussert. Die rechtskräftige Erledigung der Strafsache «verbraucht die Strafklage», der Vollzug einer strafrechtlichen Sanktion, die Begnadigung oder die Amnestie, der Eintritt der Verjährung «tilgen den Strafanspruch», beseitigen die Strafpflicht (die letzten drei Institute nur unter der Voraussetzung, dass sie materielle Kraft entfalten). Die bedingte Verurteilung und die Aussetzung der Sanktion zur Probe sowie die bedingte Entlassung schieben die Ausübung der Strafpflicht auf.

Weder eine Norm des Völkergewohnheitsrechts noch die Europäische Menschenrechtskonvention besagen, ein rechtskräftiges ausländisches Urteil stehe einem Strafverfahren im Inland gegen dieselbe Person wegen der gleichen Tat entgegen [136]. Es besteht auch keine gewohnheitsrechtliche Regel, die vorschreibt, ein verurteilendes Straferkenntnis sei ausserhalb der Grenzen des Urteilsstaat als Vollstreckungstitel beachtlich [137].

Die Berücksichtigung der Maxime ne bis in idem ist im klassischen Auslieferungsrecht ebenso vielfältig wie unsicher [138]. Art. 9 AuslK schliesst zwar die Auslieferung aus, wenn der Verfolgte und seine Tat Gegenstand eines rechtskräftigen Urteils im Inland waren, und die Zusammenarbeit kann – muss nicht – verweigert werden, wenn hier ein Nichteröffnungs- oder Einstellungsbeschluss gefasst wurde. Das heisst nicht, für den ersuchenden Staat sei die Erledigung durch den ersuchten verbindlich. Ein Kontumazialverfahren bleibt möglich, sogar ein ordentliches, wenn der ersuchende Staat des Täters doch noch habhaft werden sollte.

133 § 2 II 2 b aa.
134 RE 1970, 28.
135 Vgl. Art. 3 I KiGStr, Art. 1 II SVK, Art. 3 ÜK; RE 1970, 26.
136 Statt vieler: Oehler, IntStrR 607. Zu Art. 6 MRK: Vogler, ZStrW *82* (1970) 776.
137 Oehler, IntStrR 602, 615.
138 Vgl. Schultz, AuslR 475, ZStrW *81* (1969) 228 ff mit Hinweisen, Trousse 415 ff.

Da die AuslK keine Bestimmung über die Wirkung von Urteilen in Drittstaaten enthält, sind diese unbeachtlich [139].

Das Vorhandensein eines rechtskräftigen Urteils im ersuchenden Staat schliesst die Auslieferung nicht aus. Das tun nur der Untergang der Strafpflicht und die Hinderung, sie auszuüben [140].

Die SVK und die ÜK übernehmen sinngemäss die Lösung der AuslK [141]. Es blieb der KiGStr und der KÜStrV vorbehalten [142], die negativen Wirkungen eines rechtskräftigen Strafurteils eingehend zu regeln und die deshalb notwendigen Bestimmungen über das Verhältnis zwischen prozessualer Erledigung und Tilgung der Strafpflicht bzw. der Hinderung ihrer Ausübung zu enthalten, weil die Vollstreckung des ausländischen Urteilsspruchs nicht selbstverständlich ist [143].

Eine Person, die wegen ihrer Tat in einem Vertragsstaat rechtskräftig beurteilt und freigesprochen worden ist [144], kann in einem andern Vertragsstaat wegen dieser Sache weder verfolgt noch verurteilt werden (Art. 53 I lit. a KiGStr, 35 I lit. a KÜStrV). Dasselbe gilt, wenn sie zwar schuldig gesprochen wurde, der Richter aber keine Sanktion verhängt hat (Art. 53/35 I lit. c). Wurde sie rechtskräftig verurteilt, ist ein neues Verfahren oder die Vollstreckung der Sanktion untersagt, wenn deren Vollzug in einem andern Vertragsstaat sich im Gang befindet [145] oder stattgefunden hat (Art. 53/35 I lit. b i) oder die Verjährung eingetreten ist (Art. 53/35 I lit. b iii) [146]. Amnestie und Begnadigung hindern die Strafverfolgung, Verurteilung oder Vollstreckung (Art. 53/35 I lit. b ii).

Art. 53 I KiGStr bzw. Art. 35 I KÜStrV sind für den Tatortstaat nicht verbindlich, wenn er nicht selber die Strafverfolgung verlangt hatte (Art. 53/35 III). Derselbe Dispens besteht, wenn sich die Tat gegen eine Person, Einrichtung oder Sache gerichtet hat, die im nicht zur Anerkennung verpflichteten Staat einen öffentlichen Charakter besitzt, oder wenn der Täter eine öffentliche Funktion in diesem Land bekleidet (Art. 53/35 II). In diesen Fällen ist das Anrechnungsprinzip zu beachten (Art. 54/36). Weitergehende landesrechtliche

[139] Die Urteile von Drittstaaten zu beachten, behalten sich vor (Stand 1970): Dänemark, Irland, die Niederlande und die Schweiz; vgl. Aspects 65.

[140] Vgl. SCHULTZ, AuslR 339 f.

[141] Art. 9 I lit. a und II lit. a SVK, Art. 7 I lit. b und II lit. a ÜK.

[142] Art. 53 ff KiGStr und Art. 35 ff KÜStrV sind trotz eines kleinen redaktionellen Unterschieds inhaltlich gleich (Prot. I/8). Sie sind Gegenstand eines möglichen Vorbehalts (Anhang I KiGStr lit. f, Anh. I KÜStrV lit. h). Im zwischenstaatlichen Verhältnis bleiben Art. 7 KiGStr und Art. 10 lit. b KÜStrV anwendbar.

[143] Vgl. § 2 Anm. 137.

[144] Entgegen einem Postulat von SCHULTZ und GRÜTZNER, ZStrW 229 f bzw. 134, zählt auch der Freispruch aus materiellrechtlichen Gründen: RE 1970, 76; 1972, 63. Vgl. jedoch die Einschränkung bei der Übernahme der Strafverfolgung: § 3 III 1 b.

[145] Der im Gang sich befindende Vollzug äussert eine formelle Sperrkraft.

[146] Erwähnt wird ausdrücklich nur die Vollstreckungsverjährung.

Vorschriften bleiben vorbehalten (Art. 55/37). Als Urteil im Sinn der Konventionen gilt jeder Entscheid, den ein Strafgericht im Rahmen eines Strafverfahrens in der Sache fällt [147]. Das Straferkenntnis muss rechtkräftig sein [148]. Ausgeschlossen von der Anerkennung sind die sogenannten Strafbefehle oder Strafverfügungen [149] und Entscheide von Verwaltungsbehörden [150]. Eine Sonderstellung nehmen Nichteröffnungs- und Einstellungsbeschlüsse ein: Sie fallen nicht unter Art. 53 KiGStr bzw. Art. 35 KÜStrV [151], sind jedoch, wenn sie von den Behörden des ersuchten Staates stammen – dem Beispiel der übrigen Konventionen folgend [152] –, für diesen fakultative Gründe, die Zusammenarbeit zu verweigern [153].

Ist eine rechtskräftig verkündete und vollstreckbare Sanktion noch nicht vollzogen, ist die Auslieferung oder die Übertragung der Vollstreckung anzustreben. Der ersuchte Staat ist jedoch nicht gehalten, einem entsprechenden Begehren zu entsprechen, wenn er gegen dieselbe Person wegen der gleichen Tat ein Verfahren führt (Art. 8 AuslK, 9 II lit. b SVK, 7 II lit. b ÜK, 6 lit. e KiGStr) [154]. Erst wenn weder die Auslieferung noch die Übertragung der Vollstreckung möglich ist, kann der Urteilsstaat die Übernahme der Strafverfolgung verlangen (Art. 8 II KÜStrV) [155]. Dies soll er wegen der Wirkungen der Kompetenzverteilung auch tun, wenn der ersuchte Staat das Verfahren bereits führt oder ohnehin führen wird [156].

d) Politische, militärische, fiskalische und ähnliche Taten

Die Nichtauslieferung für politische und militärische Straftaten gehört zu den Grundprinzipien des klassischen Auslieferungsrechts [157]. Von der Auslieferung ausgenommen sind indessen meist auch fiskalische und wirtschaftspolitische Delikte [158] oder Religionsvergehen [159].

Die Konventionen des Europarats (Art. 3 und 4 AuslK, 7 I lit. c ÜK, 6 lit. b

147 Vgl. Art. 1 lit. a KiGStr und RE 1970, 76.
148 RE 1970, 22.
149 RE 1970, 21.
150 RE 1970, 21.
151 Prot. 8/2.
152 Art. 9 AuslK, Art. 9 II lit. a SVK, Art. 7 II lit. a ÜK.
153 Art. 6 lit. f KiGStr. Für die Übernahme der Strafverfolgung folgt diese Kompetenz aus Art. 9 I 2. Satz KÜStrV (RE 1972, 37) und Art. 4, 2. Satz SVK. Vgl. auch Art. 21 II lit. d KÜStrV (RE 1972, 22).
154 Art. 6 lit. e KiGStr erfasst auch den Fall, dass die Verfolgung erst bevorsteht.
155 Der analoge Gedanke liegt der SVK zugrunde (RE 1964 II 12).
156 Vgl. Art. 33 i. V. m. 21 KÜStrV.
157 SCHULTZ, AuslR 407ff, 462f, 471ff, ZStrW *81* (1969) 219ff, 223ff mit Hinweisen.
158 SCHULTZ, AuslR 462f, ZStrW *81* (1969) 224. Die Zurückhaltung entfällt unter Staaten, die sich zu einer Wirtschaftsgemeinschaft zusammengeschlossen haben; vgl. TROUSSE/VANHALEWIJN, Revue de dr. pén. et de crim. *48* (1967/68) 526 Anm. 73; DUK 143ff, HULSMAN 118 Anm. 7.
159 SCHULTZ, AuslR 474.

KiGStr und 11 lit.d KÜStrV)[160] dispensieren die Vertragsstaaten von der Zusammenarbeit, wenn deren Gegenstand eine politische[161] oder militärische[162] Straftat ist.

Uneinheitlich ist die Behandlung der Fiskaldelikte: Die KÜStrV stellt sie auf die Ebene der politischen und militärischen Taten (Art. 11 lit. d)[163], die KiGStr gestattet ihretwegen einen Vorbehalt (Anhang I lit. a), während die AuslK (Art. 5) und die ÜK (Art. 7 III) für die Zusammenarbeit auf besondere zwischenstaatliche Vereinbarungen verweisen.

Religionsvergehen können durch Vorbehalt von der Kompetenzverteilung ausgeschlossen werden (Anhang I lit. a KiGStr und KÜStrV).

e) Andere Grundsätze

Vollständigkeitshalber sei darauf hingewiesen, dass die Abkommen des Europarats über die Kompetenzverteilung durchwegs den «ordre public» des ersuchten Staates vorbehalten (Art. 9 II lit. c SVK, 7 I lit. a ÜK, 6 lit. a KiGStr, 11 lit. j KÜStrV)[164]. Die KiGStr (Art. 6 lit. d) und die KÜStrV (Art. 11 lit. i) schreiben zudem vor, dass die internationalen Verpflichtungen des ersuchten Staates zu beachten seien. Gemeint sind namentlich die geltenden Auslieferungsverträge mit Drittstaaten, die nicht unter Art. 43 KÜStrV bzw. Art. 64 KiGStr fallen, die diplomatische Immunität[165] sowie die Verfahrensgarantien der Europäischen Menschenrechtskonvention[166], wenn die letztgenannten nicht ohnehin Bestandteil des «ordre public» bilden[167].

Einzig steht Art. 11 AuslK da, der dem ersuchten Staat gestattet, die Auslieferung von der Erklärung des ersuchenden abhängig zu machen, die Todesstrafe nicht zu vollstrecken, wenn er diese kapitale Sanktion für die verfolgte Tat nicht kennt oder in der Regel nicht mehr vollstreckt[168].

Der Art. 1 A Zif. 2 des Genfer Flüchtlingsabkommens vom 28. Juli 1951

[160] Vgl. auch Art. 2 lit. a und Art. 1 Zif. 2 Rechtshilfeabkommen.

[161] Zwischen der AuslK, dem Rechtshilfeabkommen, der SVK und der ÜK einerseits und der KiGStr und der KÜStrV andererseits bestehen redaktionelle Unterschiede: Hier ist von Taten «d'un caractère politique» die Rede, dort von «infraction politique» und von «infraction connexe à une telle infraction». Materiell unterscheiden sich diese Regelungen kaum.

[162] Art. 11 lit. d KÜStrV, Art. 6 lit. b KiGStr und Art. 7 lit. c ÜK enthalten die Präzisierung «infraction purement militaire».

[163] Vgl. aber Art. 30 1 KÜStrV (und dazu RE 1972, 54f).

[164] Art. 7 II lit. d ÜK sowie der zweite Teil von Art. 9 II lit. c SVK lassen sich der beidseitigen Strafbarkeit zuordnen.

[165] Prot. 5/5 und I/7.

[166] RE 1972, 41; Golsong 118.

[167] Meersch 155ff, Trechsel 144ff.

[168] Für die Übertragung der Strafverfolgung bildet Art. 25, 2. Satz KÜStrV wegen des möglichen Vorbehalts (Anh. I lit. e) einen unvollkommenen Schutz. Der ersuchende Staat hat es indessen in der Hand, auf das Übernahmebegehren zu verzichten.

nachgebildete Art. 3 II AuslK wurde sowohl in die KiGStr (Art. 6 lit. c) als auch in die KÜStrV (Art. 11 lit. e) aufgenommen:

Ein Staat ist zur Zusammenarbeit nicht gehalten, wenn er ernstlich annehmen muss, das durch einen gemeinrechtlichen Tatbestand motivierte Auslieferungsbegehren oder das Ersuchen für die Übertragung der Strafverfolgung werde nur deshalb vorgelegt bzw. das zur Übertragung der Vollstreckung Anlass gebende Strafverfahren sei nur deshalb geführt worden, um eine Person wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Rasse, einer bestimmten Religion oder zu einem bestimmten Volk oder wegen ihrer politischen Anschauungen zu verfolgen, oder im ausländischen Verfahren würden derartige Gesichtspunkte die Lage des Verfolgten oder Verurteilten erschweren bzw. hätten diese Rolle schon gespielt [169].

3. Das Verhältnis der Kompetenzverteilung zur Auslieferung

a) Komplementärverhältnis

Die Übernahme der Strafverfolgung klassischer Ordnung wird anstelle einer aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglichen Auslieferung geübt. Sie vermag Lücken im System der internationalen Verbrechensverfolgung zu schliessen [170] und ist somit zur Auslieferung komplementär [171]. Eine Ausdehnung des Komplementärverhältnisses auf andere Formen der Kompetenzverteilung ist denkbar [172].

b) Subsidiarität

Wenn der Anwendungsbereich der Kompetenzverteilung derart erweitert wird, dass im ersuchten Staat ein Verfahren möglich wird, weil die Auslieferung selbst [173] im Einzelfall nicht gerechtfertigt ist, ist jene im Verhältnis zu dieser subsidiär. Die fehlende Rechtfertigung der rechtlich oder tatsächlich möglichen Auslieferung kann darin liegen, dass sie wegen ihrer Härte für den Verfolgten [174] oder ihres umständlichen Verfahrens in einem Missverhältnis zur Schwere und Bedeutung der Tat steht.

[169] Die Aufnahme einer solchen Bestimmung ins Rechtshilfeabkommen wurde als unnötig abgelehnt (vgl. RE zum Rechtshilfeabkommen 13).

[170] § 2 I 2 a.

[171] Das Komplementärverhältnis zwischen Auslieferung und Übernahme der Strafverfolgung ist nicht zu verwechseln mit dem Verhältnis zwischen den landesrechtlichen Zuständigkeit, die durch die Auslieferung unterstützt werden soll, und derjenigen zur stellvertretenden Strafverfolgung. Diese Differenzierung fehlt z. B. bei OEHLER, IntStrR 142, 145, 424, VOGLER, ZStrW *81* (1969) 185, GRÜTZNER, ZStrW *81* (1969) 136.

[172] Vgl. SCHULTZ, ZStrW *81* (1969) 240.

[173] Gemeint ist nicht die fehlende Rechtfertigung der Auslieferung wegen der besseren Resozialisierungsaussichten im ersuchten Staat oder aus andern Gründen. Das betont die Wendung «die Auslieferung selbst».

[174] Vgl. z. B. MARKEES, ZStrR *77* (1961) 59, VON WEBER, ZStrW *81* (1969) 188.

c) Gleichwertigkeit

Die Kompetenzverteilung als eine der Auslieferung gleichwertige Form der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen auszugestalten, sie zu ihr ins Konkurrenzverhältnis zu setzen, ist nur sinnvoll gegenüber Staaten, die kulturell, wirtschaftlich und politisch miteinander eng verbunden sind. Nur unter diesen kann das notwendige gegenseitige Vertrauen in die Strafrechtspflege richtig gedeihen [175]. Die Gleichstellung von Kompetenzverteilung und Auslieferung soll ermöglichen, auf dem Weg der zwischenstaatlichen Vereinbarung den zur Durchführung eines Straf- oder Vollstreckungsverfahrens bestmöglichen Ort zu bezeichnen, und läuft darauf hinaus, das Prinzip der innerstaatlichen Gerichtsstandsbestimmung zu internationalisieren [176].

Die für die Zuständigkeitsverteilung massgebenden, zum Teil gegensätzlichen Kriterien wie die Beweislage, der Aufenthalt des Verfolgten bzw. Verurteilten, die Jugendlichkeit des Rechtsbrechers, die Möglichkeit der Gesamtstrafenbildung, der Resozialisierungszweck der Strafe und Massnahme [177], das Interesse des durch die strafbare Handlung Verletzten [178] und die Verhältnismässigkeit der anzustrebenden Art der Zusammenarbeit sind in jedem Fall sorgfältig gegeneinander abzuwägen. In Einzelfällen mag es angezeigt sein, die Auslieferung mit der Kompetenzverteilung zu kombinieren [178a]. Vielleicht bringt die Zukunft Verfahren, welche die Zuständigkeit zur Tatermittlung und Schuldigsprechung einerseits und zur Verurteilung andererseits an zwei oder mehr Staaten zu verteilen gestattet [179].

Wenn das Konkurrenzverhältnis zwischen Kompetenzverteilung und Auslieferung nach dem heutigen Stand der Konventionen des Europarats ein bedingtes ist, dann deshalb: Allein der Staat, welcher aufgrund einer unabhängigen landesrechtlichen Zuständigkeit die Auslieferung eines bestimmten Individu-

[175] Auf die Notwendigkeit der engen Verbundenheit weisen auch OEHLER, IntStrR 424, VAN BEMMELEN, Revue *31* (1960) 649 und VON WEBER, ZStrW *81* (1969) 193.

[176] Für die prinzipielle Gleichstellung tritt ebenfalls LINKE, Revue *39* (1968) 457, ein. SCHULTZ ist für die Gleichstellung, wenn der Nicht-Tatortstaat die Auslieferung zur Strafverfolgung verlangt, FS Grützner 147, oder wenn die Vor- und Nachteile der Übernahme der Vollstreckung gegenüber der Auslieferung (zur Vollstreckung) zu prüfen sind, ZStrW *81* (1969) 240f. Ähnlich GRÜTZNER, ZStrW *81* (1969) 136f, VOGLER, ZStrW *81* (1969) 187.

Dem Begriff der Gleichstellung, wie er in dieser Arbeit verstanden wird, entspricht auch noch die gesetzliche Konstruktion, dass die Auslieferung die Regel bildet und die Kompetenzverteilung contraindiziert sein muss, wenn nur der Nachweis der Resozialisierungsaussichten bzw. der prozessualen Vorteile nicht a priori auf gewisse Fälle beschränkt wird.

Zur Internationalisierung der Gerichtsstandsbestimmung: OEHLER, IntStrR 141.

[177] Vgl. M. LINKE, Proposition concernant la solution de conflits de compétence internationaux en matière pénale, DP/CEPC IV (66) 4. Prot. 3/11ff, 4/2ff und RE 1972, 21, 52ff.

[178] HULSMAN 136, SCHULTZ, FS Grützner 140.

[178a] Z. B. Auslieferung an den Tatortstaat zur Beurteilung und Ausfällung einer Strafe, danach Zuführung in den Aufenthaltsstaat zur Urteilsvollstreckung.

[179] SCHULTZ, FS Grützner 146, Formes Nouvelles 104.

ums zum Zweck der Strafverfolgung oder Verbüssung einer Sanktion verlangen kann, entscheidet, ob er diese oder eine Kompetenzverteilung anstreben will. Er ist nicht verpflichtet, die Übernahme der Strafverfolgung [180] oder der Vollstrekkung [181] anzubegehren. Selbst wenn der ersuchte Staat eine Kompetenzverteilung vorzöge und gute Gründe für deren Prävalenz anrufen kann, muss er, soweit er vertraglich gebunden ist [182], dem Auslieferungsantrag entsprechen, wenn er keinen zwingenden oder fakultativen Ausschlussgrund der Auslieferung zur Rechtfertigung eines gegenteiligen Entscheides besitzt [183]. Erst der Fall, dass der ersuchende Staat sich auf die Kompetenzverteilung festlegt, und die dritte Möglichkeit, dass er den Entscheid über die Art der Zusammenarbeit dem ersuchten Staat anheimstellt, gestatten diesem, unter Berücksichtigung des Resozialisierungszwecks der Strafe oder allfälliger prozessualer Vorteile zu wählen [183a]. Während hier der die Kompetenzverteilung verwerfende Entscheid unmittelbar eine Auslieferungsvereinbarung in concreto begründet, gilt derselbe dort bloss als ein vom ersuchenden Staate nunmehr anzunehmendes Angebot zur Auslieferung.

Eine unbedingte und uneingeschränkte Gleichstellung zwischen Kompetenzverteilung und Auslieferung ist nur dann zu erreichen, wenn zwischen den beteiligten Staaten im Fall abweichender Ansichten ein übernationales Organ entscheidet, welche Art der Kooperation im Einzelfall angezeigt ist, d.h. die autoritative Verfügung den Vertrag ersetzt [183b]. Hiezu scheint im Europarat die Zeit noch nicht reif [184].

4. Kriterien zum Entscheid über die im Einzelfall anwendbare Form der Kompetenzverteilung [184a]

a) Das Abstellen auf die Umstände des Einzelfalls

Gleich wie das Verhältnis zwischen Auslieferung und Kompetenzverteilung keinen starren Regeln unterliegen sollte, mag aufgrund der Umstände des Einzelfalles zu entscheiden sein, ob auf der Stufe der Verfolgung oder derjenigen

[180] Art. 6 II KÜStrV (RE 1972, 31 f; Prot. 3/6); Art. 1 I SVK.

[181] Vgl. Art. 5 I KiGStr, Art. 1 II SVK, Art. 5 I ÜK.

[182] Art. 1 AuslK i.V.m. Art. 43 I KÜStrV bzw. 64 I KiGStr bzw. Art. 37 I ÜK. Vgl. auch § 2 Anm. 165. – In der SVK fehlt eine Bestimmung. Es kann jedoch nicht zweifelhaft sein, ob eine Auslieferung vorgeht, wenn sie ausnahmsweise möglich ist: denn das in Art. 3 SVK vorausgesetzte Begehren des Tatortstaates (das vorbehältlich Art. 26 die Ausübung der Zuständigkeit möglich macht) ist ein ausdrückliches und nicht ein abgelehntes Auslieferungsersuchen.

[183] Vgl. Art. 3–5, 9, 1. Satz, und 10 AuslK bzw. Art. 6–8, 9, 2. Satz, sowie 11 AuslK.

[183a] Zur Pflicht, ein Ersuchen unter bestimmten Voraussetzungen anzunehmen: § 3 V 2 a.

[183b] Das zöge eine Ausweitung des Begriffs «Kompetenzverteilung» nach sich (vgl. § 2 I 1).

[184] Vgl. die Hinweise bei TROUSSE 420 f.

[184a] Die folgenden Überlegungen setzen voraus, dass die Kompetenzverteilung in concreto indiziert sei.

der Vollstreckung die Kompetenzverteilung angezeigt sei oder ob beide Möglichkeiten miteinander zu verbinden seien [185]. Die nachstehenden Überlegungen stellen einen Versuch dar, einige Kriterien in der Reihenfolge ihrer Wichtigkeit anzuleuchten.

b) Das Vorhandensein eines rechtskräftigen und vollstreckbaren Urteils [185a]

Gegenüber der Strafverfolgung im Inland geht die Vollstreckung eines rechtskräftigen und vollziehbaren Urteils vor, wenn hiefür eine gesetzliche Grundlage und kein konkretes Hindernis besteht. Danach hat sich nach dem Recht des Europarats der Urteilsstaat zu richten [186].

In dem um Vollstreckung ersuchten Staat braucht ein rechtshängiges Strafverfahren gegen den Verurteilten wegen derselben Tat nicht der Übernahme der Vollstreckung zu weichen (Art. 6 lit. e KiGStr, 9 II lit. b SVK und 7 II lit. b ÜK, nach der KiGStr sogar ein bevorstehendes nicht (Art. 6 lit. e). Wegen der Wirkungen der Kompetenzverteilung ist hier trotzdem die Strafverfolgung zu übernehmen.

Im Rahmen der Kompetenzverteilung verbleibt trotz eines rechtskräftigen und vollstreckbaren ausländischen Urteils nur die Möglichkeit der inländischen Strafverfolgung, wenn das Recht des ersuchten Staates die Vollstreckungsübernahme nicht vorsieht oder es an deren Voraussetzungen im Einzelfall mangelt [187]. Zu erwähnen ist das vom Europarat vorgesehene Recht des Verurteilten, gegen die Vollstreckung von Urteilen Einspruch zu erheben, die in seiner Abwesenheit oder in einem Verfahren ohne Hauptverhandlung [188] gefällt wurden (Art. 24 KiGStr). Das sich nicht zwingend im Inland abspielende Überprüfungsverfahren [189] ist mit der stellvertretenden Strafverfolgung zu vergleichen [190].

c) Die Möglichkeit der Gesamtstrafenbildung, die Einheit von Verfolgung und Vollstreckung und die Beachtung rechtsstaatlicher Schranken

Wenn nicht ein rechtskräftiges und vollstreckbares Urteil in der Sache vorliegt, lautet die Grundregel: Die Kompetenzverteilung im Stadium der Strafverfolgung geniesst gegenüber der Urteilsvollstreckung den Vorzug. Sie

185 Vgl. auch RE 1972, 20 f.

185a Dass ein Urteil gefällt worden ist, schliesst die mögliche Konstellation in sich, dass der Täter im Tatort in einem Schnellverfahren abgeurteilt und dann nach Hause geschickt wurde.

186 Art. 8 II KÜStrV. Aus RE 1972, 36 scheint hervorzugehen, dass der Urteilsstaat zuerst zu versuchen habe, mit Hilfe der Auslieferung in die Lage zu gelangen, selber zu vollstrecken. Das widerspräche Art. 5 KiGStr, der diese Verpflichtung nicht enthält (RE 1970, 30 ff, insbesondere 31).
Die Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils geht nach der SVK auch vor (RE 1964 II 12).

187 Vgl. Art. 8 II KÜStrV.

188 Dazu Anh. III KiGStr.

189 Die Überprüfung kann auch im ersuchenden Staat stattfinden (Art. 25 KiGStr).

190 Vgl. RE 1970, 55 f; Hulsman 135.

schafft die Möglichkeit der Gesamtstrafenbildung für mehrere unter der ausschliesslichen Gerichtsbarkeit verschiedener Staaten begangene Taten, wahrt die Einheit von Verfolgung und Vollstreckung [191] und begegnet nicht den Schwierigkeiten, welche die Übernahme der Vollstreckung bereitet, wenn für einzelne Taten die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit fehlen [192] oder wenn die ausländische Sanktion dem inländischen Recht anzupassen ist [193].

Die Strafverfolgung im ersuchten Staat darf jedoch rechtsstaatliche Schranken nicht sprengen, namentlich nicht die Verteidigungsrechte des Verfolgten beeinträchtigen [194], sonst schlägt das Pendel wieder zugunsten der Übertragung der Vollstreckung aus.

d) Der tatsächliche Aufenthalt des Verfolgten zur Zeit des Entscheides über die Kompetenzverteilung

aa) Im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts

Ist die Auslieferung bzw. die Zuführung des Verfolgten an den Tatortstaat rechtlicher Hindernisse wegen nicht möglich, geht die Durchführung des Strafverfahrens im Inland der Vollstreckung eines ausländischen Abwesenheitsurteils vor.

Steht die zwangsweise Überführung des Angeschuldigten in den Begehungsstaat zur Wahl, ist von ihr als umständlichem Verfahren abzusehen, wenn die Strafverfolgung im Inland vonstatten gehen kann, ohne dass die Verteidigungsrechte des Verfolgten beeinträchtigt werden. Das ist um so mehr angezeigt, wenn der Verfolgte sich im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts nicht in Untersuchungshaft befindet und er dies im Tatortstaat wegen der Fluchtgefahr bis zum Abschluss des Verfahrens wäre.

Die Übernahme der Strafverfolgung prävaliert unter der Voraussetzung, dass die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme gewahrt bleibt, wenn nach Abschluss des Verfahrens im Tatortstaat ohnehin die Übertragung der Vollstreckung angezeigt wäre. Auch oder besonders lang dauernde Freiheitsstrafen sollten im gewohnten Milieu vollzogen werden.

bb) Im Tatortstaat [194a]

Vorausgesetzt, die rechtsstaatlichen Schranken bleiben gewahrt, ist der Verfolgte dem Staat des gewöhnlichen Aufenthalts zur Strafverfolgung zuzu-

[191] RE 1972, 35.
[192] Vgl. KiGStr Art. 4 II; RE 1970, 30; B 75 f.
[193] Vgl. Art. 44 ff KiGStr, RE 1970, 65 ff; 1972, 22; B 79 ff; HULSMAN 125 ff, Projet, DPC IV (66) 14 S. 3.
[194] § 4.
[194a] Diese Überlegungen setzen voraus, dass ein Schnellverfahren im Tatortstaat und die anschliessende Übertragung der Vollstreckung an den Aufenthaltsstaat nicht möglich ist. Der Verfolgte sitzt also in Untersuchungshaft (vgl. § 2 Anm. 185a).

führen, wenn er dort nicht in Untersuchungshaft zu sein braucht und eine bedingte Verurteilung bzw. die Verhängung einer Freiheitsstrafe mit bedingtem Vollzug zu erwarten ist; wenn nicht, überwiegt der prozessuale Vorrang des Verfahrens im Tatortstaat. Die spätere Übertragung der Vollstreckung bleibt möglich.

e) Das Anliegen des durch die strafbare Handlung Verletzten

Trotz aller Bestrebungen, dem Täter denjenigen Ort für die Verfolgung zu sichern, der für ihn am günstigsten ist, soll das allfällige Opfer seines Rechtsbruchs nicht vergessen werden. Die Kompetenzverteilung nimmt diesem unter Umständen die Möglichkeit, sich am Verfahren gegen den Angeschuldigten zu beteiligen und gegebenenfalls adhäsionsweise seinen zivilen Schaden geltend zu machen. Das kann für den Tatortstaat ein Grund sein, das Strafverfahren selbst zu führen und erst die Vollstreckung des Urteils an einen andern zu übertragen [195], sollte ihn mindestens dazu zwingen, den Verletzten vor der Übertragung der Strafverfolgung anzuhören, wenn sich dieser am Verfahren beteiligt oder beteiligen will.

§ 3 Zwischen- und innerstaatliche Aspekte der Kompetenzverteilung

I. Die Kompetenzverteilung als zwischenstaatlicher Vertrag

1. Die Vertragsnatur

Die auf der Erklärung der rechtsanwendenden Behörden zweier oder mehrerer Staaten beruhende Übereinstimmung in bezug auf die Ausübung internationalstrafrechtlicher Zuständigkeiten stellt einen Vertrag dar [1]. Die Abkommen des Europarats unterwerfen die Ausübung einer innerstaatlichen Kompetenz

[195] § 2 Anm. 178.

[1] H. Meyer 14ff, insbesondere 18; von Cleric, FS Zürcher 131, Hänni 31, Schultz, ZStrR *69* (1954) 377, VEB *27* (1957) 13.

Wenn die Voraussetzungen der Kompetenzverteilung in einem internationalen Abkommen vorgezeichnet sind und den Kontrahenten bestimmte Vollzugspflichten obliegen, ist es so lange gerechtfertigt, den Vollzugsakt noch als zwischenstaatlichen Vertrag zu bezeichnen, als die daran beteiligten Staaten die Tatsache, dass die Voraussetzungen für die Kompetenzverteilung erfüllt sind, noch durch übereinstimmende Erklärungen feststellen müssen.

Gegenstück zum Vertrag ist die Verfügung, d.h. die Entscheidung durch ein Organ, die für die Beteiligten verbindlich ist.

Der Europarat verfolgte ursprünglich einen dritten Weg: er wollte ein System von festgefügten Zuständigkeiten schaffen; danach hätte sich die zwischenstaatliche Rechtfertigung der Ausübung einer Kompetenz unter den Voraussetzungen der Konvention unmittelbar aus dem objektiven Recht ergeben; dazu § 2 Anm. 43.

scheinbar nur dem ausländischen Ersuchen [2]. Doch dieses bedarf der Annahme, bevor ein Verfahren geführt werden darf [3]. Genügte das Ersuchen, liesse der Widerruf des Akzepts die inländische Kompetenz intakt, weil die (vermeintliche) Bedingung, unter welcher sie ausgeübt werden kann und soll, bestehenbliebe. Unnötig wären auch die Vorschriften, welche dem ersuchten Staat nach Stellung, aber vor Annahme eines Ersuchens die Befugnis verleihen, der Verfolgten oder Verurteilten zu verhaften und Gegenstände zu beschlagnahmen [4].

2. Das Merkmal der Zwischenstaatlichkeit [5]

Das Merkmal der Zwischenstaatlichkeit stellt klar, dass der Vertrag zwischen souveränen Staaten, handelnd durch die zur Vertretung befugten Organe, abgeschlossen wird und er seine Verbindlichkeit aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz «pacta servanda sunt» [6] oder einem aus demselben Grund verpflichtenden internationalen Abkommen schöpft. Die zwischenstaatliche Vereinbarung gehört ins Gebiet der internationalen Verwaltungstätigkeit [7].

II. Der Gegenstand des zwischenstaatlichen Vertrags

Gegenstand des zwischenstaatlichen Vertrag ist das vom Inland übernommene Mandat, die Interessen des Auslandes an der Verfolgung und Ahndung der von einer bestimmten Person verübten Tat, die als strafbar behauptet wird, oder an der Vollstreckung eines verhängten, noch nicht vollzogenen Urteils im Rahmen eines inländischen Verfahrens zu wahren, ohne dass über den Erfolg der inländischen Bemühungen zum voraus etwas Verpflichtendes vereinbart werden kann.

Das Interesse des Auslandes manifestiert sich im Motiv, um dessetwillen es eine internationalstrafrechtliche Zuständigkeit begründet hat. Es kann neben ein inländisches treten [8] und mit diesem zusammen, oder es kann allein Anlass

[2] Art. 2 II KÜStrV, Art. 3 II KiGStr, Art. 3 und 8 SVK, Art. 6, 11 I, 16 und 22 ÜK.

[3] Deshalb ist auch das Ersuchen nach SVG 101 nicht unmittelbar Prozessvoraussetzung; a. M. Markees, ZStrR *77* (1961) 59 f.

[4] Art. 28 KÜStrV, Art. 32 I, 36 I KiGStr; vgl. auch RE 1972, 51.

[5] Der Begriff «Völkerrecht» ist schillernd; einerseits wird er vom Gegenstand her umschrieben (z. B. Berber I 9, Verdross 1 ff, Dahm I 1 ff), andererseits mit Rücksicht auf die Herkunft der Quellen eingeschränkt (z. B. Dahm I 2 und Verdross 2; vgl. auch Berber 6). Die Bezeichnung «zwischenstaatlicher Vertrag» ist genauer als «völkerrechtlicher Vertrag» und genügt für die Bedürfnisse dieser Arbeit.

[6] Verdross 148. Dahm I 16 und Berber I 72 sprechen von einer gewohnheitsrechtlichen Regel.

[7] BBl *1976* II 488.

[8] Z. B. das Interesse an der Resozialisierung mit Rücksicht auf das Sicherheitsrisiko, das die Anwesenheit des Rechtsbrechers auf dem Staatsgebiet bringt. Ein eigenes Interesse besteht an der Vollstreckung eines fremden Strafentscheides, wenn das Inland aufgrund einer konkurrierenden unabhängigen Zuständigkeit verfolgen müsste und könnte.

des Verfahrens im Inland sein, es kann aber auch im Rahmen einer ohnehin wegen derselben Tat gegen die gleiche Person zu führenden Strafverfolgung gewahrt werden [9].

Bei der Ausübung des Mandats [10] wird das Inland anstelle des Auslandes tätig [11]. Die Stellvertretung weist zugleich materiellrechtliche Züge auf, wenn der Staat der verletzten Norm vertreten wird [12].

III. Abschluss, Anfechtung und Dahinfallen des zwischenstaatlichen Vertrags

1. Das materielle Vertragsrecht

a) Der Vertragsschluss

Die Stellung eines Ersuchens ist ein Angebot zum Abschluss eines zwischenstaatlichen Vertrags [13]. Es kann bis zum Eintreffen des Akzepts durch den andern Staat zurückgezogen werden [14]. Der Inhalt der Erklärungen des ersuchenden und des ersuchten Staates muss übereinstimmen, sonst kommt kein Vertrag zustande [15].

b) Anfechtung und Auflösung des Vertrags

aa) Der fehlerhafte Vertragsschluss

Die Tatbestände fehlerhafter Vertragsschlüsse gehen in drei Hauptgruppen auf; zur ersten zählen natürliche Verträge ohne (volle) Vertragswirkung, zur zweiten Kontrakte, wo der Erklärungsvorgang mängelfrei ist, indessen der Willen mindestens einer Partei an einem Fehler leidet, zur dritten die Dissens-

[9] Dann bestand ein positiver Kompetenzkonflikt. Dass auch hier das Ausland nicht nur auf die Ausübung der eigenen Zuständigkeit verzichtet, sondern an das Inland ein Mandat übertragen hat, belegen Art. 33 i.V.m. Art. 9 I und Art. 21 KÜStrV.

[10] Vgl. auch VON CLERIC, FS Zürcher 131, HÄNNI 99.

[11] Eine formelle Stellvertretung nehmen auch an KOHLER, IntStrR 3, ihm folgend VON CLERIC, FS Zürcher 158, und HÄNNI 42, 100f; wohl auch VON WEBER, ZStrW *81* (1969) 195.

[12] Vgl. BINDING, Handbuch 373, 480f (insbesondere 481 Anm. 14), 492: Er hält sowohl die Zession zur Ausübung als auch eine wahre Abtretung für möglich. Immer meint er die materiellrechtliche Zuständigkeit.

[13] Vgl. MEYER H. 18ff; VEB *27* (1957) 14.

[14] Folgt auch aus Art. 21 II lit. e KÜStrV und Art. 11 II lit. a KiGStr.

[15] Damit unterscheidet sich die Übernahme der Strafverfolgung deutlich von der Erscheinung, dass der ersuchte Staat, weil er die Auslieferung abgelehnt hat, von sich aus zur Strafverfolgung schreitet, ein Tatbestand, der sich aus der Parömie «dedere aut punire» ergibt (vgl. VON CLERIC, FS Zürcher 130ff mit Hinweisen). Das AuslG lässt nur scheinbar das Auslieferungsbegehren genügen (das übersieht VON CLERIC, a.a.O. 152): Ein Vertrag kommt zustande, wenn der ersuchende Staat die verlangte «Ne-bis-in-idem-Erklärung» abgibt. Ohne diese verfolgt die Schweiz nicht, auch wenn sie die Auslieferung ablehnt (vgl. Art. 2, 2 AuslG).

Fälle [16]. Praktisch lohnend ist hier bloss die Betrachtung des zu den Willensmängeln zählenden Grundlagenirrtums.

Der Irrtum im Motiv ist unbeachtlich. Mit dieser Regel paart sich die Ausnahme, dass diejenige Partei berechtigt ist, den Vertrag anzufechten, die zu Unrecht einen Sachverhalt [17] als vorhanden annahm, der unerlässliche Voraussetzung zur Abgabe der vertragsbegründenden Erklärung darstellte [18]. Der Konkretisierung dieses Gestaltungsrechtes kommt entgegen, dass der innerstaatliche Entscheid, ein Ersuchen zu stellen bzw. anzunehmen, von Voraussetzungen abhängt, die aus der Sicht der an der Kompetenzverteilung beteiligten Staaten Grundlagen des Vertrags sind [18a]; ob unerlässliche oder nicht, hängt davon ab, ob der Gesetzgeber die einzelnen Bedingungen als zwingende oder fakultative formuliert hat und – sofern das zweite zutrifft – ob die rechtsanwendenden Behörden im konkreten Fall auf sie abgestellt haben.

Die mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Angeschuldigten im Inland übernommene Strafverfolgung darf zweifellos widerrufen werden, wenn sich ergibt, dass der Verfolgte vor dem Abschluss des zwischenstaatlichen Vertrags den Schwerpunkt seiner Beziehungen ins Ausland verlegt hat. Der ersuchende Staat kann das aus prozessökonomischen Gründen erteilte Mandat rückgängig machen, wenn er erfährt, dass der Täter noch andere, wesentlich schwerere Rechtsbrüche als ihm bisher bekannt auf seinem Gebiet begangen hat.

Falls nach der zwischenstaatlichen Einigung Tatsachen auftauchen, welche die Strafbarkeit einseitig nach dem Recht des ersuchten Staates ausschliessen, ist der Vertrag anfechtbar: Der ersuchende Staat hätte ihn dann nicht geschlossen, wenn er – vorausgesetzt und im Wissen, dass die lex fori anwendbar sein wird – rechtzeitig gewusst hätte, dass der von ihm verfolgte Missetäter mangels beidseitiger Strafbarkeit der Strafe entgeht [19]. Was den ersuchten Staat betrifft, wird er das übernommene Mandat zurückgeben müssen, gleichgültig nach welchem Recht er verfolgt [19a], denn die Strafbarkeit nach seinem materiellen Recht war eine zwingende Voraussetzung der Übernahme.

Ob der Verfolgte nach dem Recht des ersuchenden Staates schuldig ist, muss im Strafverfahren geklärt werden. Die verneinende Antwort führt zum Freispruch, nicht zum Widerruf der Übernahme der Strafverfolgung. Die Konsequenz, dass die lex fori nur ersatzweise angewendet wird [19b], führt dazu, dass ein

[16] Grundlegend: SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Vb vor Art. 1 OR, N 197ff. Statt vieler fürs Völkerrecht: BERBER I 465ff, fürs Verwaltungsrecht: GRISEL 225f.

[17] Eine andere rechtliche Würdigung scheidet aus.

[18] Z.B. BERBER I 470, GRISEL 225.

[18a] Vgl. auch IMBODEN/RHINOW I 284.

[19] Wenn z.B. bekannt wird, dass eine nur nach dem Recht des ersuchten Staates geforderte Strafbarkeitsbedingung fehlt.

[19a] Vgl. § 2 II 2 b aa.

[19b] § 4 I 1.

Freispruch nur möglich ist, wenn keine Strafpflicht nach dem Recht des ersuchenden Staates besteht oder diese untergegangen ist.

Die zwischenstaatliche Vereinbarung ist Prozessvoraussetzung der stellvertretenden Strafverfolgung [20]. Wird die zwischenstaatliche Vereinbarung vor dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils angefochten, ist das Verfahren durch Prozessentscheid zu beenden; geschieht dies nachher, entfällt die Vollstreckbarkeit des verurteilenden Straferkenntnisses [21]. Die Zuständigkeit des ersuchenden Staates lebt dagegen wieder auf; das Ergebnis der Strafverfolgung im ersuchten Staat ist für ihn – vorbehältlich besonderer Normen [22] und der Pflicht zur Anrechnung erstandenen Freiheitsentzugs – nicht verbindlich [23].

Die angestellten Überlegungen gelten sinngemäss auch in bezug auf die Übernahme der Vollstreckung. Verneint der Exequaturrichter die Strafbarkeit nach dem Recht des ersuchten Staates, braucht die zwischenstaatliche Vereinbarung deshalb nicht angefochten zu werden, weil der die Vollstreckbarkeit ablehnende Entscheid im ersuchenden Staat nicht wie ein Freispruch wirkt [23a]. Derselbe Schluss ist dort zu vertreten, wo der Richter im Rahmen seiner Kognition – systemwidrig – andere Voraussetzungen der Übernahme würdigen darf [23b].

bb) Die Auflösung des Vertrags

Da die Kompetenzverteilung ein Mandat darstellt, könnte analog der Regelung im Zivilrecht [24] die jederzeitige freie Widerruflichkeit vertreten werden.

Diese widerspräche jedoch der Rechtssicherheit, und es müssten schwerste rechtsstaatliche Bedenken geäussert werden, wenn es möglich sein sollte, den Vertrag jederzeit zu Lasten des Verfolgten oder Verurteilten grundlos einseitig aufzulösen. Dieses Recht der beteiligten Staaten zuzulassen, ist auch nicht notwendig, denn das allgemeine Vertragsrecht ist flexibel genug, um den Situationen zu begegnen, die eine Neubestimmung der Zuständigkeit erheischen. Dazu kommt, dass der freie Widerruf an der materiellen Rechtskraft des innerstaatlichen Verwaltungsaktes scheitert, wo diesem durch Lehre und Rechtsprechung eine solche Wirkung zugebilligt wird [25].

[20] § 3 I 1 und Anm. 3.

[21] Hier wäre es besser, die Übernahme der Vollstreckung anzubieten, statt den Widerruf zu üben.

[22] Besondere Normen können z.B. vorschreiben, die Verjährungsunterbrechung oder die andern Untersuchungshandlungen zu berücksichtigen.

[23] Würde der Vertrag mit Wirkung ex nunc aufgelöst, müsste das im ersuchten Staat verhängte Strafurteil ohne Exequatur vollstreckt werden.

[23a] § 2 II 2 b aa.

[23b] Dazu § 3 III 1 b cc a. E.

[24] Z.B. OR 404, Cc 2003/4, 2007, BGB 671, ABGB 1020/1, CCi 1722/30. Für diese Ordnung ist vor allem die Prävalenz der Interessen des Auftraggebers massgebend (GAUTSCHI, N 3d zu Art. 404/R).

[25] § 3 V 3.

Wer sich für die freie Widerruflichkeit des Mandats einsetzt, könnte argumentieren, sie dränge sich deshalb auf, weil der Veränderung der Umstände nicht durch Anrufung der Clausula rebus sic stantibus begegnet werden könne. Die an der Kompetenzverteilung beteiligten Parteien müssten damit rechnen, dass sich der Verfolgte oder Verurteilte durch Flucht dem Zugriff des ersuchten Staates dauernd entziehe und dass die Strafbarkeit nach dem Recht des ersuchten Staates einseitig entfallen könne durch den Eintritt einer objektiven Strafbarkeitsbefreiung oder der Verjährung sowie durch Inkraftsetzung einer lex mitior oder eines Amnestieerlasses. Die Voraussehbarkeit verhindert tatsächlich die Berufung auf die Clausula [26].

Die Änderung dieser Tatsachen ist jedoch derart wesentlich, dass sie dort, wo sie nicht ausdrücklicher Vertragsinhalt ist, als stillschweigend vorbehalten zu gelten hat [27].

Die Berufung auf einen Widerrufsvorbehalt ist nicht notwendig in bezug auf Voraussetzungen der Übernahme der Vollstreckung, die der Exequaturrichter frei überprüfen kann [27a].

cc) Die Regelung der Anfechtungs- und Auflösungstatbestände in den Konventionen des Europarats insbesondere

Der Europarat ist davon ausgegangen, dass der zwischenstaatliche Vertrag grundsätzlich nicht einseitig widerrufen werden kann. Das belegen Art. 12 II lit. c und Art. 21 II lit. e KÜStrV sowie Art. 11 II lit. a und c KiGStr.

Die Ausnahmen gehören systematisch zum Grundlagenirrtum und zum Widerruf wegen geänderter Verhältnisse. In keinem der Abkommen sind jedoch die vom Vertragsrecht her gebotenen Konsequenzen folgerichtig verwirklicht. Deshalb ist die in den Konventionen ausdrücklich genannte [28], an sich selbstverständliche Möglichkeit, den Vertrag im gegenseitigen Einverständnis aufzulösen, auch unter der Voraussetzung noch anwendbar, dass die innerstaatliche Verfügung materiell rechtskräftig wird [29].

Art. 12 I bestimmt i. V. m. Art. 10 KÜStrV, dass der ersuchte Staat sein Akzept zu widerrufen hat, wenn die Strafbarkeit nach seinem Recht deshalb ausgeschlossen wird, weil neue Tatsachen [30] bekanntgeworden oder eingetreten sind [31, 32].

[26] Allgemein: Merz, N 223 zu Art. 2 ZGB; Berber I 501, Grisel 226.

[27] Vgl. Merz, N 204ff zu Art. 2 ZGB

[27a] Dazu § 3 III 1 b cc a. E.

[28] Art. 12 II lit. c KÜStrV und Art. 11 II lit. c KiGStr.

[29] Wenn diese materiell rechtskräftig ist, sind sowohl die Revision als auch der Erlass einer neuen Verfügung nur unter beschränkten Voraussetzungen möglich; § 3 V 3.

[30] RE 1972, 70.

[31] Art. 12 I besitzt doppelte Bedeutung: Einmal verlangt er den Widerruf des Akzepts schlechthin, wenn einer der in Art. 10 genannten Ablehnungsgründe bekannt wird, bevor die Akten bei der Strafverfolgungsbehörde eingelangt sind. Darüber hinaus soll die Bestimmung verhindern, dass der

Was die sonstigen Voraussetzungen der Übernahme der Strafverfolgung betrifft, darf der ersuchte Staat seine Zustimmung nur rückgängig machen [33], solange die urteilende Behörde noch nicht mit der Sache befasst ist (Art. 12 II lit. b KÜStrV). Diese zeitliche Beschränkung besteht nicht, wenn sich der Täter ins Ausland absetzt (Art. 12 II lit. a KÜStrV).

Die in der KÜStrV verwendete Systematik legt nahe, dass der ersuchende Staat – abgesehen von der Befugnis, zu verlangen, dass Art. 12 I eingehalten werde – kein einseitiges Auflösungsrecht besitzt. Damit ist der Europarat ausdrücklich von Art. 5 II lit. b SVK abgewichen, der den Tatortstaat ermächtigt, wegen nachträglich bekanntgewordener oder eingetretener Tatsachen, das Mandat bis zur Eröffnung der Verhandlungen erster Instanz [34] bzw. bis zur Verkündung einer Verwaltungsverfügung einseitig zu widerrufen [35].

Nach der SVK ist es dem ersuchten Staat nur scheinbar verwehrt, das Akzept zurückzunehmen, denn diese Befugnis ist in Art. 5 II lit. a SVK enthalten. Eine analoge Bestimmung gilt im Recht der Übernahme der Vollstreckung [36]: Weil die KiGStr dem ersuchten Staat zubilligt, alle Voraussetzungen der Übernahme durch den Exequaturrichter überprüfen zu lassen [37] – dabei bleibe dahingestellt, wie weit das interne Recht geht [38] –, ist der Widerruf der Annahmeerklärung wegen Irrtums durch die Übernahmebehörde oder seitherigen Eintritts von Änderungen möglich, solange das Exequaturverfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist [39], jedoch insoweit nicht notwendig, als der Richter Übernahmevoraussetzungen frei überprüfen kann. Nach der rechtskräftig verfügten Vollstreckbarkeit, rechtfertigt sich die einseitige Auflösung nur noch, wenn der Verurteilte nicht unter die Gewalt des ersuchten Staates gestellt wird, wenn er sich endgültig aus dem Staub gemacht hat oder wenn die Vollstreckungsverjäh-

Täter die Wirkungen eines Freispruchs geniessen kann, wenn er nach dem Recht des ersuchenden Staates, nicht aber dem des ersuchten verurteilt werden müsste (denn der Freispruch aus materiellrechtlichen Gründen ist beachtlich: RE 1972, 63). – Art. 10 lit. b und c ist *nach* Überweisung der Akten an die Strafverfolgungsorgane durch Nichteröffnung der Verfolgung oder durch Einstellung des Verfahrens Rechnung zu tragen (vgl. dazu Art. 21 II lit. d KÜStrV).

[32] Die Verpflichtung zum Widerruf besteht nicht, wenn eine konkurrierende Zuständigkeit ausgeübt wird; Art. 5 KÜStrV und Prot. I/7.

[33] Ob trotz Ausfall der in Art. 8 erwähnten Bedingung, namentlich einer objektiven, die für die Übertragung der Verfolgung massgebend war, (weiter-)verfolgt werden darf, entscheidet sich nach dem Recht des ersuchten Staats. Das gilt allgemein auch für die andern Ablehnungsgründe von Art. 11 KÜStrV. Danach bestimmt sich, ob das Gestaltungsrecht ausgeübt werden muss.

[34] Zimmerli 46 erwähnt ohne weitere Begründung als zeitliche Schranke die Eröffnung der Hauptverhandlung. Trifft dies zu, ist der Rücktritt nach der ersten mündlichen Abhörung, wie sie z. B. Art. 226 bern. StrV in bestimmten Fällen vorschreibt, noch möglich.

[35] Hier vom Rückzug des Ersuchens zu reden, ist – wie Art. 5 II lit. b SVK das schlechthin tut – nicht richtig.

[36] Art. 11 II lit. b KiGStr und Art. 13 SVK.

[37] Art. 40 II KiGStr.

[38] Obligatorisch ist nur die Überprüfung im Rahmen von Art. 40 I KiGStr.

[39] Vgl. RE 1970, 42 f. Vorbehalten bleibt zweifellos auch die Revision der Vollstreckbarerklärung wegen neuer Beweismittel und Tatsachen.

rung eingetreten ist, ohne dass die Sanktion vollzogen werden konnte[39a]. Der Notwendigkeit, das Mandat aus einem dieser Gründe zu widerrufen, kommt Art. 11 II lit. c KiGStr entgegen, der, wenn der ersuchende Staat es verlangt, zwingend anzuwenden ist.

Im übrigen stehen dem ersuchenden Staat nach der KiGStr keine Gestaltungsrechte zu.

c) Die Nichterfüllung des Vertrags

Das übernommene Mandat gebietet dem ersuchten Staat, das Interesse des ersuchenden Staats an der Strafverfolgung in einem Einzelfall zu wahren[40]. Durch ein Verfahren soll geklärt werden, ob eine Strafpflicht besteht, wenn ja, eine Sanktion verhängt und vollzogen werden. Weil die Übernahmebehörde der Kognition der Organe der Strafverfolgung nicht vorgreifen darf, kann sie sich nicht verpflichten, ein Verfahren durchführen zu lassen[41]. Wird dieses nicht eröffnet oder aus rein prozessualen Gründen eingestellt, ist das Interesse des ersuchenden Staates nicht befriedigt und die Mandatserfüllung – vorbehältlich der Möglichkeit neuer Tatsachen und Beweise – (zur Zeit) unmöglich geworden. Deshalb soll der ersuchte Staat das Mandat zurückgeben können, bevor der ersuchende Staat es ihm wegen seiner Untätigkeit entzieht.

Analoge Überlegungen gelten in bezug auf die Übernahme der Vollstrekkung: Das Interesse des Urteilsstaates richtet sich auf die Vollstreckung der Sanktion. Lehnt der Exequaturrichter diese ab, bleibt das Mandat unerfüllt.

Dem ersuchenden Staat ist nach allgemeiner Lehre ein Rücktrittsrecht einzuräumen, wenn der ersuchte Staat schlechthin nicht tätig wird.

Der Europarat hat nur den Fall geregelt, dass die rechtsanwendenden Behörden im ersuchten Staat keinen Sachentscheid fällen können: Die Zuständigkeit des ersuchenden Staates lebt wieder auf, nachdem die Mitteilung des ersuchten eingetroffen ist, dass das Verfahren nicht eröffnet bzw. eingestellt wurde (Art. 21 II lit. d KÜStrV[42])[43]. Die entsprechende Bestimmung bezüglich der Übernahme der Vollstreckung ist in Art. 11 II lit. b KiGStr[44] enthalten[45].

Weil das zwischenstaatliche Mandat erloschen ist, sind ein Zurückkommen auf den Nichteröffnungs- bzw. Einstellungsbeschluss und die Revision des die Vollstreckbarkeit verwerfenden Entscheides nur sinnvoll, wenn der ersuchende Staat mit einem neuen Vertragsschluss einverstanden ist.

[39a] Zur Amnestie: § 3 IV 2 c.
[40] § 3 II.
[41] § 3 IV 2 a.
[42] Vgl. auch Art. 5 II lit. a SVK.
[43] Zum Inhalt von Art. 21 II lit. d KÜStrV: RE 1972, 48 und § 3 V 1 a.
[44] Vgl. auch SVK 13.
[45] Die Grenze zwischen der Revision des Übernahmeentscheides bzw. seiner Ersetzung durch eine neue Verfügung einerseits und der Ablehnung der Vollstreckbarkeit durch den Richter anderseits ist wegen Art. 40 II KiGStr fliessend. Vgl. § 3 III 1 b cc a. E.

2. Zum formellen Vertragsrecht

a) Die Zuständigkeit im zwischenstaatlichen Verkehr

Ein Vertrag mit bindender Kraft kommt nur zustande, wenn die beteiligten Staaten ihren Willen durch Behörden äussern lassen, die zur Vertretung in auswärtigen Angelegenheiten befugt sind[46]. Die Abkommen des Europarats bezeichnen als zuständige Organe die Justizministerien. Erklärungen über die Abweichung von den Regeln, die sich auf die Zuständigkeit und die Übermittlung von Ersuchen beziehen, sind möglich[47].

b) Form, Inhalt und Begleitstücke von Ersuchen

Die Konventionen befassen sich gründlich mit der Form, dem Inhalt und den Begleitstücken von Ersuchen[48], mit deren Verbesserungsfähigkeit[49] sowie mit der Übersetzung und Beglaubigung von Schriftstücken[50]. Die Vorschriften sind einfach und nicht erläuterungsbedürftig.

c) Mitteilungspflichten

Die Annahme oder die Ablehnung des Ersuchens ist mitteilungspflichtig, ebenso der Ausgang des Straf- bzw. Vollstreckungsverfahrens[51].

IV. Die Wirkungen des zwischenstaatlichen Vertrags

1. Die Wirkungen im ersuchenden Staat

a) Der Verzicht auf das eigene Straf- und (oder) Vollstreckungsverfahren und die Anerkennung der im ersuchten Staat bewirkten materiellrechtlichen Erledigung

Mit dem frei geäusserten Willen, dass ein anderes Land sich um die Verfolgung einer unter eine eigene internationalstrafrechtliche Zuständigkeit fallende Tat oder die Vollstreckung einer hiefür verhängten Sanktion kümmere, vertrüge sich ein eigenes gleichgerichtetes Handeln nicht, wenn der ersuchte Staat dem Begehren nachkommt. Aus dem Verbot des venire contra factum proprium folgt die Pflicht des ersuchenden Staats, das Verfahren vorläufig nicht einzuleiten bzw. vorläufig einzustellen.

Das Interesse des ersuchenden Staates an der Strafverfolgung wird entweder dadurch befriedigt, dass die rechtsanwendenden Behörden des ersuchten Staats

[46] Vgl. auch BINDING, Handbuch 481 Anm. 14.
[47] Art. 13 KÜStrV, Art. 15 KiGStr, Art. 15 SVK, Art. 27 ÜK.
[48] Art. 13, 15 I KÜStrV, Art. 15 KiGStr, Art. 14 SVK, Art. 26 ÜK.
[49] Art. 14 KÜStrV, Art. 17 KiGStr, Art. 16 SVK, Art. 28 ÜK.
[50] Art. 18 f KÜStrV, Art. 19 f KiGStr, Art. 19 f SVK, Art. 29 f ÜK.
[51] Art. 16 I KÜStrV, 18 I KiGStr, Art. 18 SVK.

in einem Verfahren feststellen, dass keine Strafpflicht in concreto besteht, oder bleibt – gegenteiligenfalls – so lange aufrecht, als eine festgestellte und in bezug auf die Sanktion konkretisierte Strafpflicht nicht untergegangen ist. Werden die Verfolgungs- und Vollstreckungsorgane des ersuchten Staates in der Sache tätig, so bindet ihr Handeln die Behörden des ersuchenden unmittelbar. Diese Wirkung folgt aus dem Stellvertretungsverhältnis, das ein gewillkürtes ist[52] und dazu zwingt, die im ersuchten Staat verfügte Begnadigung auch zu beachten[53].

Für dieses Ergebnis spricht, dass es rechtsstaatlich anfechtbar wäre, den Verfolgten der Pein eines Verfahrens zu unterwerfen und es dem ersuchenden Staat zu überlassen, ob er die Erledigung anerkenne oder nicht.

Die innerstaatliche Zulässigkeit der Einstellung der eigenen Strafverfolgung und der spätern Anerkennung der Wirkungen der ausländischen Strafverfolgung ergibt sich nicht aus dem Vertrag, sondern bedarf einer klaren Rechtsgrundlage; ebenso der Verzicht auf das eigene Vollstreckungsverfahren[54].

b) Begnadigung und Amnestie

Die zwischenstaatliche Vereinbarung berührt weder die Zuständigkeit des ersuchenden Staates zur Begnadigung[55], noch tangiert sie dessen Hoheit zur Verkündung eines Amnestieerlasses. Weil diese Akte die Strafpflicht tilgen, ist der ersuchte Staat, der nur vertretungshalber verfolgt und bestraft, verpflichtet, diese zu beachten[56]. Diese Wirkung ist auch gewährleistet, wenn der Begnadigung nur die Bedeutung eines Prozesshindernisses zukommen sollte[57].

[52] Dass die Stellvertretung eine gewillkürte ist, unterscheidet sie davon, dass ein Staat sich eine Zuständigkeit über eine Auslandstat nimmt, die seine Rechtsordnung nicht berührt hat, und dass er diese als «vollmachtloser» Stellvertreter verfolgt. Hier gebietet kein Grundsatz des ungeschriebenen Rechts, die Erledigungswirkung der Strafverfolgung in einem andern Staat, namentlich dem der verletzten Norm, anzuerkennen (OEHLER, IntStrR 607). Die stellvertretende Strafverfolgung tritt aber ebensowenig ein, wenn ein Staat, der die Auslieferung abgelehnt hat, von sich aus die Tat verfolgt und ahndet (was Art. 2, 2 AuslG nicht ermöglicht und ihm die Kritik von DONNEDIEU DE VABRES, Principes 61, eingetragen hat; vgl. § 3 Anm. 15).

GRÜTZNER, Revue *31* (1960) 403, weist ungenau darauf hin, der Strafanspruch des ersuchenden Staates erlösche mit dem Urteil bzw. dessen Vollzug im ersuchten Staat. LINKE, FS Grützner 90 (vgl. auch Revue *39* [1968] 458) fordert, das Ersuchen «sollte mit dem Verzicht auf den eigenen Strafanspruch ... verbunden sein». Er vermischt die spätestens mit Abschluss des Vertrages eintretende prozessuale Sperrwirkung im ersuchenden Staat mit der Frage der Anerkennung der materiellrechtlichen Erledigung im ersuchten Staat. Beide Fragen hält zutreffend auseinander VON WEBER, ZStrW *81* (1969) 195. Vgl. auch VON CLERIC, ZStrR *40* (1927) 199, SCHULTZ, Neue Entwicklungen 318, JESCHECK, AT 135.

[53] Gl. M. VON WEBER, ZStrW *81* (1969) 195 (die Amnestie allerdings gleichbehandelnd; vgl. aber § 3 IV 2 c).

[54] § 3 V 1 a.

[55] Vgl. Art. 4 KÜStrV (RE 1972, 31). RE 1970, 57 will ihm diese Kompetenz, wenn das Überprüfungsverfahren nach Art. 26 KiGStr im ersuchten Staat stattfindet, unverständlicherweise absprechen. Vgl. auch Art. 10 III KiGStr und 12 I KiGStr, Art. 8 SVK und Art. 21 ÜK.

[56] Vgl. z. B. KOHLER, IntStrR 29, 191, VON CLERIC, SJZ *14* (1917/18) 378, ZStrR *40* (1927) 199; HÄNNI 33, HAMMERSTEIN 31, B 67.

[57] § 2 II 2 c.

2. Die Wirkungen im ersuchten Staat

a) Die Durchführung eines Straf- und (oder) Vollstreckungsverfahrens

Der zwischenstaatliche Vertrag verpflichtet den ersuchten Staat, die Interessen des ersuchenden Staates an der Durchführung der Strafverfolgung bzw. an der Vollstreckung eines Urteils im Rahmen eines inländischen Verfahrens zu wahren[58]. Das heisst nicht, der ersuchte Staat sei gehalten, die Verfolgung bzw. die Vollstreckung tatsächlich durchzuführen[59]. Eine solche Verpflichtung könnte die Übernahmebehörde nicht eingehen, und zwar nicht nur in Staaten, wo das prozessuale Opportunitätsprinzip gilt[60], sondern auch überall dort, wo die Zuständigkeit zur Eröffnung und Durchführung eines Strafverfahrens nach der Verfassung einem andern Organ als ihr zusteht. So ist Art. 9 I, 2. Satz, KÜStrV, «Elles (les autorités compétentes de l'Etat requis) déterminent, conformément à leur propre législation, la suite à donner à la demande», zu verstehen, der Art. 4 SVK nachgebildet ist. Die Übernahmevereinbarung verpflichtet den ersuchten Staat, das Interesse des ersuchenden Staates an der Durchführung des Verfahrens als Vertreter zu wahren[61]. Deshalb ist der im Ersuchen beschriebene Sachverhalt den ordentlichen Organen der Strafverfolgung vorzulegen, die im Rahmen ihrer gesetzlichen Kognitionsbefugnisse zu befinden haben, ob die Strafverfolgung zu eröffnen und gegebenenfalls zu Ende zu führen sei[62]. Dasselbe muss mit dem ausländischen Urteil geschehen, über dessen Vollstreckbarkeit der Richter zu entscheiden hat[63]. Die getreue Erfüllung des Mandats soll ferner verhindern, dass das einmal an die Hand genommene Verfahren aus Gründen eingestellt wird, die ausserhalb der Entscheidungsbefugnis der verfolgenden bzw. vollstreckenden Behörden liegen und im Übernahmeverfahren zuständigenorts rechtskräftig beurteilt worden sind[64].

[58] § 3 II.

[59] Hulsman 129, Franck 60.

[60] Zu eng RE 1972, 37 und 1964 II 17.

[61] D. h. der ersuchte Staat verfolgt entsprechend dem Prädikat, das dem ersuchenden zusteht, als Vertreter des Tatort- oder Heimatstaat bzw. er vollstreckt als Vertreter des Urteilsstaates.

[62] RE 1972, 37.

[63] Diese Konsequenz scheint sich aus Art. 8 SVK (vgl. vor allem RE 1964 II 14 und 19) nicht zu ergeben. Ebenso stiftet Art. 39 KiGStr Verwirrung: «Avant de prendre une décision sur la demande ...». Vgl. aber RE 1970, 42 f und vor allem 62: «La décision de donner suite à la demande porte seulement sur l'ouverture de la procédure d'exequatur par la transmission du jugement et du dossier au juge ou à l'autorité administrative.» Die Grenzziehung zwischen Begründung der zwischenstaatlichen Vereinbarung durch Annahme des Ersuchens und dem innerstaatlichen Entscheid über die Vollstreckbarkeit wird jedoch insoweit unscharf, als das nationale Recht den Richter ermächtigen kann, nicht nur über die Vollstreckbarkeit i. e. S. (vgl. Art. 40 I KiGStr), sondern auch über die Voraussetzungen der Annahmeerklärung (Art. 40 II KiGStr) zu befinden.

[64] Wenn die Strafverfolgungsbehörde auf einen übersehenen Ausschlussgrund der int. Zusammenarbeit stösst, hat sie die Akten mit ihrem Antrag der Übernahmebehörde zuzustellen. Sie darf sich nicht einfach als unzuständig erklären. Vgl. § 10 I 4.

Die Vereinbarung rechtfertigt die internationalstrafrechtliche Zuständigkeit des ersuchten Staats im Verhältnis zum ersuchenden, und zwar losgelöst von den innerstaatlichen Aspekten des abgeschlossenen Vertrags[65]. Aus der Sicht des ersuchenden ist also der ersuchte Staat befugt, den Angeschuldigten für die im Ersuchen beschriebene Tat zu verfolgen und, wenn eine Strafpflicht besteht, zu bestrafen[66]. Obwohl davon auszugehen ist, dass in der Praxis die Taten des Verfolgten weitgehend ermittelt sind, wenn die Übertragung der Strafverfolgung angestrebt wird, ist die Möglichkeit nicht auszuschliessen, dass im Verlauf der Untersuchung im ersuchten Staat bisher nicht bekannte Verbrechen offenkundig werden. Der Richter erscheint befugt, das Verfahren auf konnexe Tatbestände auszudehnen, die rechtlich auf einem einheitlichen Willensentschluss des Täters beruhen[67]. Der blosse Wiederholungszusammenhang genügt nicht, ruft nach einer ergänzenden zwischenstaatlichen Vereinbarung[68]. Eine solche ist auch im Fall objektiver Konnexität erforderlich, will der ersuchte Staat alle Teilnehmer der strafbaren Handlung, die nicht seiner unabhängigen Gerichtsbarkeit unterstehen, durch seine Gerichte beurteilen lassen[69].

Der ersuchte Staat darf das Straf- bzw. Vollstreckungsverfahren nur aufgrund einer klaren gesetzlichen Grundlage führen; der zwischenstaatliche Vertrag begründet keine Zuständigkeit, macht unter gewissen Voraussetzungen nur ihre Ausübung möglich[70].

b) Die Wiederaufnahme des Verfahrens

Die zwischenstaatliche Rechtfertigung der Zuständigkeit zur Beurteilung eines Revisionsgesuchs und die Durchführung eines wiederaufgenommenen Verfahrens ergibt sich aus der Vereinbarung. Auf der andern Seite dauert die gebotene Interessenwahrung weiter, wenn sich aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel die Schuld des freigesprochenen Täters ergibt oder dieser erheblich schärfer bestraft werden muss. Dem ersuchenden Staat, der verpflichtet ist, die im ersuchten bewirkte materiellrechtliche Erledigung zu achten, sind die Hände gebunden, und er besitzt keine Möglichkeit, das neue Material selber zu verwerten.

Das Mandat der Übernahme der Vollstreckung ist von vornherein auf diese beschränkt[71]. Neue Tatsachen und Beweise, die gegen die Schuld der Verurteil-

[65] Zu diesen Aspekten: § 3 V 2 a.
[66] Vgl. RE 1972, 29, Prot. III/2.
[67] Also wenn Idealkonkurrenz und ihre Spezialfälle wie das Kollektiv-, Dauer- und fortgesetzte Delikt vorliegen.
[68] Vgl. Art. 32 lit. a KÜStrV und die Bemerkung in Prot. 6/5, dass der Ausdruck «faits matériellement distincts» sich ebenfalls auf gleichartige, an mehreren Orten begangene Taten beziehe.
[69] Art. 32 lit. b KÜStrV.
[70] § 3 V 2 a.
[71] RE 1970, 41.

ten sprechen oder eine mildere Bestrafung verheissen, sind allein im Urteilsstaat zu würdigen und zu berücksichtigen[72].

c) Begnadigung und Amnestie

Von Cleric[73] und Hänni[74] untersuchen, ob der ersuchte Staat begnadigen und amnestieren dürfe. Sie sprechen ihm diese Befugnis ab mit dem Hinweis, er übe ein fremdes ius puniendi. Beide gehen jedoch von einer falschen Fragestellung aus, denn entscheidend ist allein, ob der ersuchende Staat die im ersuchten erfolgte Begnadigung oder Amnestie beachten müsse oder nicht[75].

Begnadigung und Amnestie bedürfen getrennter Beurteilung: Jene ist eine autoritative Anordnung im Einzelfall, welche die Aufhebung oder Milderung einer rechtskräftigen Verurteilung zum Gegenstand hat, diese ein Erlass des Gesetzgebers, worin er generell und abstrakt rückwirkend bestimmte Taten als straflos oder hiefür verhängte Sanktionen, soweit noch nicht vollzogen, als erlassen erklärt[76].

Weil die Kompetenzverteilung ein gewolltes Stellvertretungsverhältnis begründet, binden die darauf beruhenden Akten des ersuchten den ersuchenden Staat. Wenn die Anerkennung der Begnadigung in der zwischenstaatlichen Vereinbarung nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird, gilt auch diese als im Namen des vertretenen, ersuchenden Staates ausgesprochen[77]. So hat der Europarat entschieden[78].

Die Amnestie trifft die von der Kompetenzverteilung erfasste Tat nur zufällig. Zwar kann der Verfolgte im ersuchten Staat nicht mehr bestraft werden oder entfällt die Vollstreckbarkeit des fremden Strafentscheides. Die beteiligten Staaten sind jedoch von der beidseitigen Strafbarkeit bzw. der Vollstreckbarkeit des Urteils ausgegangen. Die Amnestie hat diese beseitigt, ohne dass sich das Verhältnis zur Strafpflicht geändert hätte. Der Amnestieerlass stellt eine neue Tatsache dar, die im zwischenstaatlichen Vertrag wenigstens stillschweigend

[72] Art. 10 II KiGStr.

[73] FS Zürcher 158 f.

[74] 100 f.

[75] Das Argument mit dem fremden ius puniendi ist ohnehin verfehlt: Denn nach der Kohler-schen Lehre (§ 1 II 1) wird der Begriff von der Verletzung der Rechtsordnung gelöst. Ein Staat, der unter Vorbehalt des (völkerrechtlichen) Rechtsmissbrauchs, beliebige internationalstrafrechtliche Zuständigkeiten begründen kann, entscheidet frei, ob und wann er auf die ihm daraus erwachsenden Obliegenheiten verzichten will. Diese Freiheit lässt er sich nicht nehmen, wenn er aufgrund einer Vereinbarung mit einem ausländischen Staat verfolgt.

[76] Statt vieler: Jescheck, AT 678, Schultz, Einführung I 209 ff.

[77] Das schliesst nicht aus, dass die Gnadenbehörde die nicht verbindliche Ansichtsäusserung der zuständigen Behörde des ersuchenden Staates einholt.

[78] Für die KÜStrV aus Art. 21 II lit. d zu gewinnen; ausdrücklich Art. 10 III KiGStr, Art. 8 SVK, Art. 21 ÜK. Art. 35 I lit. b ii (bzw. Art. 53 I lit. b ii KiGStr) schreibt allgemein die Beachtlichkeit der Begnadigung vor in denjenigen Staaten, die keinen Vorbehalt zu dieser Bestimmung angemeldet haben.

vorbehalten bleibt und zu dessen Widerruf nötigt[79]. Diese Auslegung lässt sich in bezug auf Art. 12 I KÜStrV vertreten, der im zwischenstaatlichen Verhältnis als lex specialis Art. 35 KÜStrV vorgeht[80]. Was die Übertragung der Vollstrekkung betrifft, wird das hier als zutreffend gehaltene Ergebnis durch eine gegenteilige Norm des Europarats umgestossen[81].

V. Das Ersuchen, der Entscheid darüber und die zwischenstaatliche Vereinbarung aus innerstaatlicher Sicht

1. Die Stellung eines Ersuchens

a) Zulässigkeit

Die Möglichkeit, mit dem Ausland eine Vereinbarung über die Ausübung bzw. Nichtausübung internationalstrafrechtlicher Zuständigkeiten abzuschliessen, und Normen, die es den inländischen Strafverfolgungs- und Vollstreckungsbehörden erlauben, die Verpflichtungen einzuhalten, die der zwischenstaatliche Vertrag dem Inland auferlegt[82], müssen dem innerstaatlichen Recht zu entnehmen sein. Denn die Einstellung der Verfolgung zugunsten eines Verfahrens im Ausland stellt einen Einbruch ins prozessuale Legalitätsprinzip dar[83], und die Anerkennung der im ersuchten Staat bewirkten materiellrechtlichen Erledigung folgt nicht aus dem ungeschriebenen Recht[84]. Der Verzicht auf die Vollstreckung eines eigenen Urteils muss gesetzlich sanktioniert werden.

Der Europarat hat die entsprechenden Normen den Konventionen über die Kompetenzverteilung einverleibt und damit die notwendigen innerstaatlichen Grundlagen geschaffen, wo die Verträge keiner Transformation bedürfen[85].

Die Zulässigkeit der prozessualen Einstellung und die Anerkennung der im ersuchten Staat bewirkten materiellrechtlichen Erledigung sind in einem geregelt. Der Abschluss der zwischenstaatlichen Vereinbarung[86] verhindert die Anhandnahme bzw. die Weiterführung eines Straf- oder Vollstreckungsverfahrens im ersuchenden Staat[87]. Die Sperrkraft findet zuerst ihre Rechtfertigung

[79] § 3 III 1 b bb/cc.

[80] Insoweit die Amnestie sich auf die Strafbarkeit der Tat bezieht. Erfasst sie die Vollstreckbarkeit der Tat, muss wohl Art. 35 KÜStrV gelten.

[81] Art. 10 III KiGStr.

[82] § 3 II und IV 1 a.

[83] Vogler, Maurach FS 610 und RE 1972 30.

[84] § 2 II 2 c bb.

[85] Wie z. B. in der Schweiz; Fleiner/Giacometti 829 und Anm. 69.

[86] Das nationale Recht und an seiner Stelle ein nicht transformationsbedürftiges internationales Abkommen können einseitig bereits bestimmte Wirkungen an die Stellung des Ersuchens knüpfen; vgl. § 3 V 1 c.

[87] Vgl. Art. 3, 21 I KÜStrV, Art. 5 I und 13 SVK, Art. 20, 25 ÜK. Vgl. auch RE 1972, 30 und 47.

darin, dass der ersuchte Staat, indem er das Mandat erfüllt, möglicherweise verfolgen und vollstrecken wird. Da sie nur wieder entfällt, wenn sich einer der in Art. 21 II KÜStrV oder Art. 11 II KiGStr vorausgesetzten Tatbestände[88] verwirklicht[89], haften ihr materiellrechtliche Züge an. Weil Art. 21 II lit. d KÜStrV nur die formellrechtliche Unmöglichkeit der Verfolgung und Vollstreckung im Auge hat[89a], wird die Zuständigkeit des ersuchenden Staates einzig dann wieder wirksam, wenn die Voraussetzungen der Kompetenzverteilung nur scheinbar vorhanden waren, wenn sie entfallen sind oder wenn die Verfolgung und Bestrafung aus prozessualen Gründen nicht zu Ende geführt werden konnte. Das läuft mittelbar auf die Anerkennung jeder im ersuchten Staat zustande gekommenen materiellrechtlichen Erledigung hinaus und lässt Art. 35 KÜStrV im zwischenstaatlichen Verhältnis zurücktreten[90].

b) Voraussetzungen

Die Voraussetzungen der Kompetenzverteilung im allgemeinen und der Übertragung der Strafverfolgung im besondern sind rechtlich Anweisungen an die Behörden des Inlands, wann sie Ersuchen stellen sollen oder dürfen. Das Können oder Müssen ergibt sich aus dem Landesrecht oder einem internationalen Abkommen. Begründet dieses eine Pflicht, bleibt für eine abweichende landesrechtliche Regelung kein Raum. Die andere Möglichkeit haben die Konventionen des Europarats aufgegriffen: Sie überlassen den Entscheid, ob bei gegebenen Voraussetzungen ein Ersuchen gestellt wird oder nicht, dem Recht des ersuchenden Staates[91]. Dieses kann seinerseits die Verfügung ins Ermessen der rechtsanwendenden Behörden stellen[92].

c) Wirkungen

Hinter dem Ersuchen steht die Absicht, auf die eigene Verfolgung oder Vollstreckung zu verzichten, wenn der ersuchte Staat diese zu übernehmen gewillt ist. Deshalb wäre es nicht sinnvoll, wenn das Inland während der Schwebezeit, d. h. bis zur Annahme bzw. Ablehnung des Ersuchens, Schritte unternähme, die einem möglichen Verfahren im ersuchten Staat entgegenstünden: den Täter beurteilte oder eine verhängte Sanktion zu vollziehen begänne. Das Landesrecht kann deshalb die Stellung eines Ersuchens mit der Anweisung verbinden, gewisse mit der Zuständigkeit verbundene Handlungen nicht zu unternehmen.

88 Vgl. auch Art. 5 II SVK.
89 § 3 III 1 b cc und Anm. 89a.
89a § 3 III 1 c.
90 Vgl. auch Prot. 6/12.
91 Art. 8 I KÜStrV, Art. 5 I KiGStr, Art. 1 II und 2 SVK, Art. 5 I ÜK.
92 Vgl. z. B. auch Art. 1 I SVK und dazu RE 1964 II 11.

Der Europarat hat diese Möglichkeit genutzt und innerstaatlich wirksame Vorschriften erlassen: Nach der SVK sind, sobald das Ersuchen gestellt ist, alle Verfolgungs- und Vollstreckungshandlungen untersagt[93]. Die Konventionen von 1970 und 1972 enthalten flexiblere und deshalb bessere Lösungen: Die KiGStr lässt die Vollstreckung als Sicherungsmassregel zu[94]; die KÜStrV gestattet von dem auf dem Ersuchen vermerkten Datum an noch Verfolgungshandlungen, die nicht darauf gerichtet sind, unmittelbar den Entscheid der urteilenden Behörde nach sich zu ziehen; zulässig sind z. B. die Einvernahme des Angeschuldigten und der Zeugen durch die Untersuchungsbehörde, die Beschlagnahme von Gegenständen, die Durchführung von Hausdurchsuchungen sowie anderer auf die Sicherung von Beweisen gerichteter Handlungen[95]. Dieser limitierten Sperrwirkung im ersuchenden Staat tritt gegenüber die bisher fehlende Kompetenz des ersuchten Staates[96], alles zu tun, um den Erfolg eines allfälligen späteren Verfahrens zu sichern, sich vor allem mit Gewalt des Verfolgten oder Verurteilten zu versichern und Gegenstände zu beschlagnahmen[97].

2. Der Entscheid über das Ersuchen

a) Annahme

Die Zuständigkeit des ersuchten Staates zur Durchführung eines Straf- und Vollstreckungsverfahrens bedarf einer klaren gesetzlichen Verankerung[98]. Ohne diese dürfen die Behörden eines Rechtsstaates nicht in Freiheits- und Vermögensrechte der Bürger eingreifen. Doch ist unter diesem Gesichtspunkt belanglos, ob der Gesetzgeber die selbständige Ausübung der internationalstrafrechtlichen Zuständigkeit gestatte oder ob er diese abhängig mache von einer Vereinbarung mit dem Ausland, die seine Kompetenz zwischenstaatlich rechtfertigt[99].

Der Europarat hat für den Bereich, wo unabhängige landesrechtliche Zuständigkeitsnormen fehlen, die innerstaatlich notwendige Kompetenz in die Konventionen zur Kompetenzverteilung aufgenommen, deren Ausübung aber von

[93] Art. 5 I SVK.

[94] Vgl. Art. 11 I KiGStr und dazu RE 1970, 42.

[95] Art. 21 I KÜStrV und dazu RE 1972, 47, Prot. II/3, 5/10. Die Überweisung ist auf jeden Fall ausgeschlossen.

[96] RE 1972, 51.

[97] Art. 28 KÜStrV und Art. 32 I, 36 I KiGStr.

[98] Schultz, Formes Nouvelles 95, Compétence 325ff; Hulsman 129, Grützner, ZStrW *81* (1969) 137f; für die KÜStrV: RE 1972, 24. Böhlen 295 (N 10 zu Art. 372 StrGB) weist darauf hin, dass in der Praxis im Jugendstrafrecht die Verfolgung von Ausländern übernommen wurde, obwohl vor der Revision von Art. 372 StrGB keine gesetzliche Grundlage bestanden hat.

[99] Hänni 30f erblickt in den innerstaatlichen Vorschriften unvollständigerweise nur die Ermächtigung zum Abschluss des zwischenstaatlichen Vertrags.

einer Vereinbarung mit dem Urteilsstaat bzw. einem Vertragsstaat abhängig gemacht, der aufgrund seines nationalen Rechts ein unmittelbares und unabhängig durchsetzbares Interesse an der Verfolgung und Ahndung der Tat geltend machen kann[100].

Die KÜStrV insbesondere gestattet allgemein unter der Voraussetzung der Vereinbarung mit einem andern Vertragsstaat die Ausübung einer Zuständigkeit nach Art. 2. Da Art. 11 lit. a KÜStrV nur einen fakultativen Ablehnungsgrund umschreibt, müsste zur Übernahme der Strafverfolgung keiner der in Art. 8 aufgezählten Anknüpfungspunkte erfüllt sein. Es ist deshalb Aufgabe der nationalen Einführungsgesetzgebung zur Konvention, die zwingenden Voraussetzungen zur Annahme eines Ersuchens zu benennen[100a]. Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass die Verfolgung von Personen mit gewöhnlichem Aufenthalt im Inland – vorbehältlich der allgemeinen Ausschlussgründe der internationalen Zusammenarbeit[101] – auf Ersuchen des Tatortstaates[102] eine Pflicht darstellt. Gegenüber einem Ausländer ist diese nur begründet, wenn der gewöhnliche Aufenthalt bereits zur Tatzeit bestand[103]. Sobald das ausländische Ersuchen angenommen ist, wird die Ausübung der innerstaatlichen Zuständigkeit rechtmässig. Die Strafverfolgungsbehörde braucht den Eintritt der Wirkungen des zwischenstaatlichen Rechtsgeschäfts nicht abzuwarten[103a].

b) Ablehnung

Die Ablehnung ist deshalb zu erwähnen, weil die Revision des Verwaltungsaktes bzw. dessen Ersetzung wegen geänderter Verhältnisse[104] sinnlos ist, wenn dem ersuchenden Staat der ablehnende Beschluss notifiziert wurde. Dieser ist, sobald er die Mitteilung erhalten hat, an sein Angebot nicht mehr gebunden.

3. Die materielle Rechtskraft des innerstaatlichen Verwaltungsakts und die Ausübung der Gestaltungsrechte zur Anfechtung bzw. Auflösung des zwischenstaatlichen Vertrags

[100] Art. 2 KÜStrV (RE 1972, 28 f), Art. 3 KiGStr, Art. 3 und 8 SVK (RE 1964 II 16), Art. 6 i. V. m. 11, 16 und 23 ÜK. Bezüglich ihrer Wirkung als innerstaatliches Recht: § 3 V 1 a und Anm. 85.

[100a] Vgl. auch § 4 I 2 c a. E.

[101] D. h. Art. 10, 11 lit. d, e, g, i, j, k KÜStrV.

[102] Vgl. Art. 11 lit. h KÜStrV.

[103] Umkehrschluss aus Art. 11 lit. b i. V. m. lit. c. Vgl. auch Art. 1 III SVK und Art. 5 a–c KiGStr (dazu RE 1970, 32).

[103a] Die Verfolgung ist unverzüglich einzustellen, wenn der Rückzug des Ersuchens vor Eintreffen der Annahmeerklärung versandt wurde.

[104] § 3 V 3.

a) Die Kontroverse um die materielle Rechtskraft von Verwaltungsakten

Alle Überlegungen zum Verhältnis zwischen Verwaltungsakt und Vertrag sind müssig, wenn jenem keine materielle Rechtskraft zukommt. Die frühere Verwaltungsrechtslehre lehnte diese Wirkung überwiegend ab. Die Kontroverse dauert an. Erfreulicherweise ist heute in der Schweiz eine nahezu uneingeschränkte Anerkennung der materiellen Rechtskraft von Verfügungen, d.h. ihrer Sperrwirkung im Rahmen der gegenständlichen und personellen Identität[105], festzustellen[106].

b) Die Revision der Verfügung

Die Revisionsfähigkeit der Verfügung ist Voraussetzung dafür, dass der zwischenstaatliche Vertrag wegen Grundlagenirrtums angefochten und zu Fall gebracht werden kann. Tauchen nach dem rechtskräftigen Entscheid, ein Ersuchen zu stellen bzw. anzunehmen, neue Tatsachen auf, die – wären sie rechtzeitig bekannt gewesen – zu einem andern Entscheid geführt hätten, liegt – systematisch betrachtet – ein Irrtum der verfügenden Instanz vor. Denn die Vorstellungen, welche sich diese gemacht hat, und die Wirklichkeit stimmen nicht überein. Ist der Irrtum derart wesentlich, dass er die Rechtskraft des Verwaltungsaktes umzustossen vermag, bestehen keine Bedenken, ihn auch als Grundlagenirrtum zuzulassen.

Dasselbe muss aus vertraglicher Sicht auch geschehen, wenn die urteilende Instanz aus Versehen wesentliche Tatsachen unberücksichtigt liess[107].

Ergibt sich aufgrund neuer Tatsachen und Beweismittel, dass die Einstellung bzw. die Durchführung eines Verfahrens nicht gerechtfertigt ist, hat die Übernahmebehörde ihre Verfügung von sich aus oder auf einen Antrag der Strafverfolgungsbehörde zu revidieren[108].

c) Die Änderung der Verhältnisse

Ändern sich die Verhältnisse seit dem Vertragsschluss derart, dass ein Ersuchen nicht gestellt bzw. angenommen werden dürfte, ist ein gegenteiliger Entscheid auszufällen. Die materielle Rechtskraft der ursprünglichen Verfügung steht diesem nicht entgegen, weil die gegenständliche Identität fehlt[109].

105 Vgl. GYGI, 1. Auflage, 23.

106 GYGI, 1. Auflage, 22ff im Vergl. zur 2. Auflage, 25, 163; Grisel 208ff, IMBODEN I 167ff im Vergl. zu IMBODEN/RHINOW I 244ff.

107 Für die Zulassung GRISEL 225, da er für die Anwendung von Art. 23ff OR plädiert; dafür auch DAHM III 36; a.M. BERBER I 464.

108 Allerdings ist zu prüfen, ob ein Merkmal, das Voraussetzung der Verfügung bildete, auf dauerhaften Bestand angelegt ist.

109 Statt vieler: IMBODEN/RHINOW 269ff.

§ 4 Rechtsstaatliche Schranken der Übernahme der Strafverfolgung [1]

I. Die einzelnen Gesichtspunkte

1. Das anwendbare materielle Recht

a) Die allgemeine Problematik der Fremdrechtsanwendung

Ob und, wenn ja, in welchem Umfang der inländische Richter bei Ausübung eigener Jurisdiktionsbefugnisse ausländisches Strafrecht anwenden soll, ist eine alte Streitfrage des internationalen Strafrechts [2]. Mit ihr befasste sich nicht erst der VIII. Internationale Strafrechtskongress in Lissabon [3]. Befürworter der Fremdrechtsanwendung berufen sich im allgemeinen darauf, sie allein ermögliche eine gerechte und schuldangemessene Strafe, wenn der inländische Richter eine Auslandstat zu beurteilen habe [4]. Mit Bezug auf die stellvertretende Strafverfolgung wird im besonderen argumentiert, ausländisches Recht anzuwenden sei deshalb geboten, weil die zu beurteilende Tat die eigene Rechtsordnung nicht berühre [5]. Zwar sind die Stimmen derjenigen Streiter praktisch verstummt, die sich der theoretisch richtigen Erkenntnis verschliessen, dass allein der Staat der verletzten Norm [6] das anwendbare materielle Recht bestimmt, indem sie in nationalistischer Verblendung ins Feld führen, die Fremdrechtsanwendung widerspreche der Souveränität des die Gerichtsbarkeit ausübenden Staats [7]. Hingegen sind im Schrifttum diejenigen Autoren nicht zu übersehen, welche den als zutreffend anerkannten theoretischen Schlüssen die als unüberwindlich erachteten Schwierigkeiten der Praxis entgegenhalten, das ausländische Recht lückenlos zu finden und zutreffend auszulegen [8].

[1] Die Ausübung internationalstrafrechtlicher Zuständigkeiten über Auslandstaten und das anwendbare Recht unterliegen zwar einer allgemeinen rechtsstaatlichen Problematik. Die Übernahme der Strafverfolgung berührt die Rechtsstaatlichkeit jedoch besonders, weil nicht das Verhalten des Täters (z. B. die Rückkehr in den Heimatstaat nach vollbrachter Tat), sondern die Vereinbarung zwischen den beteiligten Staaten die Ausübung der Zuständigkeit möglich macht.

[2] Vgl. die Hinweise bei VAN BEMMELEN, Revue *31* (1960) 612ff.

[3] Dazu die Länderberichte in: Revue *31* (1960) 391ff; die Verhandlungen in: Actes du Congrès 511ff; die Resolutionen in: ZStrW *74* (1962) 195ff (mit einem Beitrag von JESCHECK auf S. 186ff).

[4] Dazu vor allem STAUBACH 135ff, insbesondere 145 mit zahlreichen Hinweisen; vgl. auch GRÜTZNER, Revue *31* (1960) 410/11; allgemein SCHULTZ, Compétence 328ff und die vorhergehende Anm.

[5] Z. B. SCHULTZ, AuslR 40 (vgl. auch 37), GRÜTZNER, Revue *31* (1960) 412; vgl. auch § 4 Anm. 8.
Für die lex mitior: KOHLER, IntStrR 190, VON WEBER, ZStrW *81* (1969) 193, BREUKELAAR/MULDER, FS Grützner 39.
HÄNNI 44 und 89f meint, die Fremdrechtsanwendung verstosse gegen das Wesen des stellvertretenden Strafrechts!

[6] Dazu § 1 III. Im Anwendungsgebiet der Übernahme der Strafverfolgung ist Staat der verletzten Norm praktisch nur der Tatortstaat; Staatsschutzdelikte geben als politische grundsätzlich nicht zur internationalen Zusammenarbeit Anlass.

[7] Vgl. die Hinweise bei STAUBACH 159ff; vgl. auch KOHLER, IntStrR 190 Anm. 2.

[8] Z. B. VON CLERIC, ZStrR *37* (1924) 70, FS Zürcher 153; OEHLER, IntStrR 145f, KÜNG, 7, 11. Die praktischen Schwierigkeiten anerkennt auch GERMANN, ZStrR *69* (1954) 250. Zur eingehenden

Die Diskussion soll und kann in dieser Arbeit nicht fortgesetzt werden. Zu prüfen bleibt jedoch, welche rechtsstaatlichen Mindestgarantien sich aus der Einsicht ableiten lassen, dass die Anwendung der lex fori nur ersatzweise, mangels genügender Kenntnis der lex loci geschieht.

b) Die Anwendung der lex fori unter rechtsstaatlichen Aspekten

Das Verbot der Rückwirkung, ein Spross des materiellrechtlichen Legalitätsprinzips, besagt positiv, dass die Merkmale und die Folgen strafbaren Verhaltens nach einem Gesetz [9] zu beurteilen sind, das zur Zeit der Tatbegehung in Kraft stand [10]. Wenn diese Bedingung erfüllt ist, wird durch die Regel, der stellvertretenden Strafverfolgung die lex fori zugrunde zu legen, das Legalitätsprinzip formell nicht verletzt [11].

Es war vor allem DONNEDIEU DE VABRES, der versuchte, dem Rückwirkungsverbot eine materielle Seite abzugewinnen:

«Ce qui est essentiel, en revanche, c'est que le délinquant puisse savoir, quand il commet son acte, quelle est la peine à laquelle il s'expose, quelle est la loi selon laquelle il sera jugé. Et comme un même délit le rend justiciable de plusieurs juges, l'expose à comparaître devant les tribunaux de plusieurs Etats, cette connaissance est impossible si la compétence judiciaire détermine la compétence législative, si le juge saisi n'est tenu d'appliquer que la lex fori. La certitude nécessaire du rapport de droit pénal, qu'exprime l'adage Nullum crimen, nulla poena sine lege, a pour corollaire l'obligation, pour les juges de tous les pays, de connaître et d'appliquer, le cas échéant, les lois pénales étrangères [12].»

Angesichts der grossen Zurückhaltung der Praktiker gegen die Anwendung fremden Rechts stricto sensu und der Rechtswirklichkeit in Europa [13] ist nicht anzunehmen, in absehbarer Zeit lasse sich im Sinne DE VABRES mehr aus Art. 7 MRK ableiten als das formelle Rückwirkungsverbot [14]. Trotzdem darf der Gesetzgeber an den rechtsstaatlichen Minimalstanforderungen nicht vorbeigehen [15], die Anwendung der lex fori auf Auslandstaten, die nicht gegen die eigene

Diskussion und Widerlegung der Einwände: STAUBACH 168ff; dazu z.B. auch DONNEDIEU DE VABRES, Principes 171, 200, GRÜTZNER, Revue *31* (1960) 414, SCHULTZ, Compétence 329.

[9] Das ist jede generell-abstrakte Regel, die in einem verfassungskonformen Verfahren gesetzt wurde.

[10] Deklaration der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948, Art. 11 al. 2; Art. 7 MRK. Vgl. SCHULTZ, Einführung I 48.

[11] Das betont RE 1972, 25.

[12] Principes 174; derselbe, Traité 925. Vgl. auch GERMANN, ZStrR *69* (1954) 240ff, STAUBACH 147f.

[13] Hinweise bei SCHULTZ, Compétence 329.

[14] Bezeichnenderweise findet sich in der hier konsultierten Literatur nicht die leiseste Anspielung in dieser Richtung: GURADZE, Kommentar zu Art. 7 MRK, 111ff; WILDHABER, ZSR *94* I (1975) 520ff; VELU 154ff, SCHEUNER 384ff.

[15] Vgl. auch GERMANN, ZStrR *69* (1954) 241.

Rechtsordnung gerichtet waren, vom Bestand der Strafpflicht am Tatort [16] abhängen zu lassen [17] und dem Richter vorzuschreiben, keine in Art und Dauer strengere Strafe [18] auszusprechen als von der lex loci geboten [19].

Der Europarat hat – was die Ausübung der subsidiären Zuständigkeit nach Art. 2 KÜStrV betrifft [20] – beide Postulate beherzigt [21]. Leider können die Vertragsstaaten gegenüber Art. 25 KÜStrV einen Vorbehalt erklären [21a], soweit er vorschreibt, die im ersuchten Staat zu verhängende Sanktion [22] dürfe nicht über die Strafandrohung im Gesetz des ersuchenden hinausgehen [23].

Die Beachtung der milderen Strafandrohung am Tatort hilft dem Angeschuldigten nicht viel, wenn die lex loci einen weiten Strafrahmen aufweist und die Strafzumessung weitgehend der Rechtsfindung überlässt. Aus diesem Grund ist zu fordern, dass vor Stellung eines Übernahmebegehrens, das sich ausnahmsweise nicht an die Behörden des Staats des gewöhnlichen Aufenthalts des Täters oder an sein Heimatland richtet, geprüft wird, ob der Verfolgte im ersuchten Staat ungefähr gleich schwer bestraft wird, wie wenn er im ersuchenden vor Gericht gestellt würde. Diese rechtsstaatliche Rücksichtnahme lässt sich durch Vergleich der Strafpraxis, wie sie in beiden Ländern gilt, leicht verwirklichen.

Das Übernahmebegehren sollte in der Regel unterbleiben, wenn der Verfolgte im ersuchten Staat nach Normen abgeurteilt würde, die nur inländische Rechtsgüter schützen [24], obwohl Art. 7 II KÜStrV – dem Vorbild von Art. 2 folgend – formell eine Brücke zum Legalitätsprinzip schlägt [25].

[16] Vgl. die Hinweise bei SCHULTZ, Compétence 328 Anm. 2 und 3; nun immerhin DStrGB § 7 (i. d. F. 2. StrRG) sowie öst. StrGB vom 23. Januar 1974, § 65.

[17] Dabei muss auch der Wegfall der Strafpflicht am Tatort beachtlich sein. Als Untergangsgründe kommen zum Beispiel in Betracht: Amnestie, Begnadigung, lex mitior, Verjährung, Vollzug der Sanktion (vgl. § 1 II 2).

[18] Gegen die herrschende Lehre (zit. bei STAUBACH 214) fordert SCHULTZ, Einführung I 85, zu Recht, das Prinzip sei auf persönlich sichernde Massnahmen wegen ihres pönalen Einschlags auszudehnen. Vgl. § 4 Anm. 22.

[19] Die Berücksichtigung der lex mitior ist die Ausnahme; vgl. SCHULTZ, Compétence 329 (und Anm. 7). Beachte aber die Regel des neuen öst. StrGB § 65, 2: «Die Strafe ist so zu bestimmen, dass der Täter in der Gesamtauswirkung nicht ungeünstiger gestellt ist als nach dem Gesetz des Tatorts.»

[20] Art. 5 KÜStrV.

[21] Art. 4 und 6 I i. V. m. Art. 25 KÜStrV.

[21a] Anhang I, lit. e KÜStrV.

[22] Also auch eine freiheitsentziehende Massnahme: Art. 1 lit. b KÜStrV. Vgl. § 4 Anm. 18.

[23] In Betracht fallen Art und Dauer der Sanktion. Aus der Entstehungsgeschichte ist zu schliessen, das mildere Gesetz sei nach der abstrakten Methode zu bestimmen (vorbehalten bleibt die Strafpflicht, die in concreto gegeben sein muss): RE 1972, 50, Prot. 5/12 f, 7/14.

[24] Zu solchen Normen: OEHLER, IntStrR 134 (Anm. 29), 202, 433, 475 ff, SCHULTZ, Jahrbuch 25, SJZ *1964* 82 f.

[25] Vgl. auch die Bedenken von OEHLER, IntStrR 433.
Die andern Wertungen im ersuchten Staat, können den ersuchenden ebenfalls von einem Begehren abbringen (zu diesem Problem: STAUBACH 190, GRÜTZNER *31* [1960] 411 f).

2. Die Garantie des gesetzlichen Richters

a) Begründung und Rechtsnatur

Die Garantie des gesetzlichen Richters [26] besitzt ihren historischen Kern im Kampf gegen die Kabinettsjustiz des Absolutismus. Mit ihr hat der bürgerliche Rechtsstaat einen Wall gegen den Missbrauch der Justiz zu Akten politischer Willkür errichtet [27]. Es ist bezeichnend, dass der Ruf nach dem gesetzlichen Richter besonders in denjenigen Staaten wach geblieben ist, die unter dem Schreckensjoch nationalsozialistischer und faschistischer Despoten zu leiden hatten [28]. Schulbeispiel für eine gegenteilige Entwicklung ist die Schweiz, wo die Richtergarantie in Vergessenheit zu geraten droht [29].

Die Garantie des gesetzlichen Richters setzt die Organisation einer Rechtsgemeinschaft voraus. Sie ist wie andere institutionelle oder Institutsgarantien [30] und im Gegensatz zu den klassischen Freiheitsrechten nicht vor- oder überstaatlich denkbar, sondern wird erst sinnvoll innerhalb einer gegebenen Verfassungsordnung [31]. Nur in dieser kann der Anspruch auf den gesetzlichen Richter, ein Menschenrecht [32], entstehen und durchgesetzt werden.

b) Inhalt

Die Garantie des gesetzlichen Richters, die den Gesetzgeber und die rechtsanwendenden Behörden bindet [33], verbietet nicht nur – wie vielerorts gelehrt wird – Ausnahmegerichte, sondern sie untersagt auch ungesetzliche Zuständigkeitsverschiebungen zwischen den Gewalten und die Behinderung der Richtertätigkeit durch nicht richterliche Staatsorgane, zudem ungesetzliche Zuständigkeitsveränderungen innerhalb der dritten Gewalt [34].

Das zuletzt genannte Verbot der Richtervertauschung besagt folgendes: Ob ein Gericht und, wenn ja, welches in einem bestimmten Fall entscheidet, darf nicht durch eine autoritative Anordnung im Einzelfall, eine Verfügung, sondern soll generell und abstrakt durch Rechtssatz bestimmt werden, der in einem verfassungskonformen Verfahren zustande gekommen ist [35].

[26] Synonyme Bezeichnungen sind der verfassungsmässige Richter (BV 58) und der juge naturel.
[27] Müller 249/250; zur Geschichte vor allem Kern 11ff.
[28] Z.B. Oehler, Richter 292ff; Bettermann 523ff und § 4 Anm. 55.
[29] Müller 249.
[30] Fleiner/Giacometti 884: z.B. auch die Ehefreiheit, die Eigentumsgarantie, die Gemeindeautonomie.
[31] Müller 251.
[32] Bettermann 557, Müller 252.
[33] Als Vorbehalt und als Vorrang des Gesetzes, Bettermann 544.
[34] Bettermann 543/44.
[35] Bettermann 561, Kern 160, 166, 177f. Die Richterbestimmung nach Willkür und politischer Opportunität soll unterbunden werden. Vgl. auch Müller, 253, Oehler, Richter 298.
Art. 6 I MRK: «Jedermann hat Anspruch darauf, dass seine Sache ... gehört wird, und zwar von einem ... auf Gesetz beruhenden Gericht ...».

Was die Zuständigkeit des Strafrichters im besonderen betrifft, beharrt die deutsche Doktrin zusammengefasst auf folgenden Regeln:

Gesetzlicher Richter ist nur der unabhängige Richter, nicht eine Verwaltungsbehörde [36]. Das Gesetz muss die Zuständigkeit möglichst eindeutig bestimmen, so dass ein jeder «seinen» gesetzlichen Richter zum voraus mit Sicherheit erkennen kann [36a]. Die Bestimmung des zuständigen Richters nach der Tat durch ein Verwaltungsorgan, namentlich die Staatsanwaltschaft, ist verboten [37]. Dagegen ist es zulässig, durch Gesetz mehrere Zuständigkeiten im voraus festzulegen, wenn die Verwaltung unter diesen keine echte Wahl hat, sondern nur feststellen kann, welcher Richter im Einzelfall zu entscheiden hat, und wenn dieser seine Berufung frei überprüfen darf [38]. Die Auswahl aus mehreren auf gesetzlicher Grundlage beruhenden Zuständigkeiten ist rechtsstaatlich unbedenklich, wenn der Richter selbst sie im Einzelfall nach vorbestimmten Kriterien vornimmt [39].

Es kann, wie im folgenden ersichtlich sein wird, ungeprüft bleiben, ob diese Forderungen nicht teilweise überspitzt sind [40]. Doch darf an ihnen auch im Bereich der zwischenstaatlichen Zuständigkeitsvereinbarung nicht unbesehen vorbeigegangen werden.

c) Sinngemässe Berücksichtigung der Richtergarantie im Bereich der zwischenstaatlichen Zuständigkeitsvereinbarung und Anwendung der gewonnenen Erkenntnisse auf die Ordnung der KÜStrV

Es leuchtet ein, dass die auf der Richtergarantie beruhenden Forderungen – vor allen in der Weise, wie die deutsche Doktrin sie formuliert – nicht schlechthin zu einschränkenden Regeln der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen erhoben werden dürfen: Hier geht es um internationalstrafrechtliche Zuständigkeiten, zwischenstaatliche Rechtsbeziehungen, dort um die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Strafrichters, ein innerstaatliches Problem. Dazu kommt, dass schon die Tatsache zu denken geben könnte, dass die Zusammenarbeit auf einer Verständigung von Regierung zu Regierung beruht und die Beteiligung unabhängiger Gerichte bei der innerstaatlichen Willensbildung ausgeschlossen sein kann [41].

[36] BETTERMANN 650/61, KERN 42, 125.
Art. 6 I MRK: «... und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen ... Gericht ...».
[36a] BETTERMANN 562, 568, OEHLER, IntStrR 426/7.
[37] BETTERMANN 563/64, 567, OEHLER, Richter, 304.
[38] Die Staatsanwaltschaft darf kein Handlungsermessen besitzen, d. h. sie muss verpflichtet sein, bei gegebenen Voraussetzungen von der Regelzuständigkeit abzuweichen; vgl. BETTERMANN 564. Die Forderung, dass das Gericht die Zuständigkeit müsse überprüfen können, stellt auch OEHLER, Richter 304.
[39] Das ist keine konstitutive Zuständigkeitsbestimmung; vgl. BETTERMANN 568/69.
[40] Art. 18 BStrP könnte vor ihnen wohl nicht standhalten; vgl. auch MÜLLER 254.
[41] So könnte von der Auslieferung vom Tatortstaat ans Heimatland oder an den Domizilstaat gesagt werden, sie entziehe den Angeschuldigten seinem Richter!

Trotzdem, es wäre verfehlt, den Einwand, der stellvertretend verfolgende und strafende Richter, sei nicht immer ein gesetzlicher, mit dem Argument abzutun, es genüge, dass die Gesetzgebung des ersuchenden Staates vorsehe, die Strafverfolgung unter bestimmten Voraussetzungen an den ersuchten zu übertragen, und dass dieser nach dem für ihn massgebenden Recht die Aufgabe übernehmen könne, dann sei auch des ersuchten Staates Richter ein gesetzlicher [42]. Diese Begründung ist auf dieselbe Ebene zu verbannen wie die Überlegung, die Anwendung des materiellen Rechts des ersuchten Staates sei aus der Sicht des Legalitätsprinzips nicht zu beanstanden, wenn die lex fori nur bereits zur Tatzeit auf das Verhalten des Täters anwendbar war [43].

Im Bereich der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen gewinnt neben den nicht hoch zu wertenden Bedenken, der Verfolgte könne Opfer eines politischen Ränkespiels werden [44], ein anderer, wesentlicherer Gesichtspunkt an Bedeutung: Selbst wenn mit der Kompetenzverteilung keine Veränderung des anwendbaren materiellen Rechts verbunden wäre [45], doch um so mehr, weil dies in der Regel zutrifft, könnte und kann es dem Angeschuldigten nicht gleichgültig sein, dass er zufolge Vereinbarung im Einzelfall nun einem andern Richter gegenübersteht. Dieser, in einem andern gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Klima lebend, ist vielleicht unfähig, das Verhalten des Täters angemessen zu würdigen, am Milieu und der Umwelt zu messen, die ihn geformt und – wer weiss? – zu seinem Handeln bestimmt haben. Die herkömmliche internationalstrafrechtliche Zuständigkeitsordnung lässt derartige Richterberufungen zu, und sie sind nicht zu beanstanden, wenn sie für den Täter objektiv voraussehbar waren [46]. Deshalb muss auch die Kompetenzverteilung, welche diese Bedingung wahrt, möglich sein.

Die Übertragung der Strafverfolgung an den Staat des gewöhnlichen Aufenthalts ist unbedenklich. Das gilt auch für die Berufung des Heimatrichters mit einer Ausnahme: Der Täter sollte sich erfolgreich dagegen wehren können, wenn er vom Tatortstaat in seine Heimat zur Strafverfolgung geführt werden sollte und er in dieser seit langem nicht mehr oder nie gelebt hat, zudem nicht die Absicht hegte, sich dorthin zu begeben [47].

[42] So z. B. GRÜTZNER, ZStrW *81* (1969) 138, wohl auch LINKE, FS Grützner 90/91, Revue *39* (1968) 458. Bedenken weist auch HÄNNI 31 ab, da der Grundsatz des verfassungsmässigen Richters nur die willkürliche Richterbestimmung verbiete.

[43] § 4 I 1 b.

[44] A. M. OEHLER, IntStrR 426, 433.

[45] Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang an die Bemerkung GERMANNS, ZStrR *69* (1954) 243/4, dass ein in zwei Ländern gleich lautender Tatbestand auch anders ausgelegt werden könne!

[46] Deshalb ist der Ubiquitätsgrundsatz rechtsstaatlich anfechtbar, wenn der Erfolg zufällig, vom Täter weder gewollt noch voraussehbar, im Inland eintrat; vgl. GERMANN, ZStrR *69* (1954) 243, OEHLER, IntStrR 211.

[47] Art. 6 StrGB lässt die Auslieferung theoretisch zu. Dass sie praktisch geübt würde, ist mehr als fraglich.

Wer sich nach der Tatbegehung ins Ausland begibt und dort weiterdelinquiert, darf sich nicht wundern und muss damit rechnen, dass der Richter des neuen Begehungsorts seine früheren leichtern Rechtsbrüche mitverfolgt. Abgesehen davon bringt ihm die Verhängung der Gesamtstrafe nur Vorteile. Falls der Schwerpunkt der begangenen Taten auf den ursprünglichen inländischen Tatort weist, ist es ebenfalls unbedenklich, wenn hier ein einheitliches Verfahren für alle strafbaren Handlungen geführt wird [48].

Die internationalstrafrechtliche Zuständigkeit des Ergreifungsstaats ist rechtsstaatlich zu beanstanden, wenn der Verfolgte sich durch seine Flucht nur der Verfolgung entziehen will und er im übrigen keine Beziehung zu den Gerichten des Fluchtlandes schafft. Dessen Kompetenz darf deshalb nur ausgeübt werden, wenn die Tat am Begehungsort oder im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts bzw. im Heimatland nicht oder nur in Abwesenheit des Rechtsbrechers verfolgt werden kann. Sie muss überdies auf die Verfolgung strafbaren Verhaltens beschränkt sein, das derart schwer ist, dass der Täter nie damit rechnen durfte, in einem kultivierten Land unbehelligt Aufnahme zu finden [49].

Weil die SVK nur vorsieht, die Strafverfolgung vom Tatortstaat in denjenigen des gewöhnlichen Aufenthalts des Täters zu übertragen [50], braucht sie nicht näher betrachtet zu werden. Anders die KÜStrV, die in Art. 8 einen umfangreichen Katalog von Rechtfertigungsgründen für eine Kompetenzverteilung enthält. Oehler bemerkt hiezu, der Täter könne dort, wo die Anknüpfung im ersuchten Staat über jede herkömmliche Lehre hinausgehe, seinen Gerichtsstand nicht mehr auch nur entfernt berechnen, das Abkommen verletze insoweit den Grundsatz des gesetzlichen Richters [51]. Dieser Einwand ist nicht unberechtigt.

Zwar sind die Tatbestände in Art. 8 KÜStrV alle auch darauf angelegt, einen positiven Kompetenzkonflikt zu bereinigen [52]. Zudem behält Art. 11 lit. i KÜStrV u. a. die Verfahrensgrundsätze der Europäischen Menschenrechtskonvention vor, namentlich Art. 6, der den gesetzlichen Richter garantiert [53]. In den Beratungen der kleinen Expertenkommission des Europarats herrschte indessen überwiegend die Ansicht, der aufgrund von Art. 2 KÜStrV berufene Richter sei deshalb ein gesetzlicher, weil Art. 8 die einzelnen Anknüpfungspunkte abschliessend aufzähle, damit eine «schlummernde» Zuständigkeit aus-

[48] Zuständig zur Verfolgung ist das Inland unabhängig von der Schwere der Tat, wenn es Domizilstaat ist.

[49] Vgl. Jescheck, AT 134.

[50] Art. 1 I und 3 SVK; vgl. gleichwohl Anh. II Zif. 2 und RE 1964 II 31.

[51] IntStrR 426.

[52] Art. 31 I KÜStrV.

[53] RE 1972, 41, Prot. I/7; Golsong 118.

schlösse [54]. Die Kriterien in Art. 8 lit. e–h sind jedoch derart unbestimmt und auslegungsbedürftig, dass der durch sie berufene Richter kein gesetzlicher, weil kein zum voraus berechenbarer ist [55]. Die nationale Einführungsgesetzgebung zur Konvention sollte deshalb vorschreiben, dass die Anknüpfungspunkte in lit. e–h nur mit einem der objektiven Rechtfertigungsgründe des Art. 8 KÜStrV oder einer unabhängigen landesrechtlichen Zuständigkeit zusammen gewürdigt werden dürfen [56]. Sollen sie selbständig die Übernahme der Strafverfolgung rechtfertigen, muss gesetzlich die Zustimmung des Verfolgten vorbehalten werden [57].

Ein Wort zur Möglichkeit, dass der Angeschuldigte sich zufolge der Übernahme der Strafverfolgung vor einer Verwaltungsbehörde statt einem Richter zu verantworten hat. Die Kompetenzverteilung ist zulässig, wenn der Täter die Sache an ein unabhängiges Gericht ziehen kann, das volle rechtliche und tatsächliche Kognition besitzt. Dieser Grundsatz ist ausgesprochen in Art. 1 lit. a KÜStrV [58], lässt sich indessen auch aus Art. 6 Zif. 1 MRK gewinnen, so dass das Fehlen einer Norm in der SVK nicht schadet [59].

3. Das Verbot der Schlechterstellung des Verfolgten

a) Im allgemeinen

Die Übernahme der Strafverfolgung bewirkt nicht nur, dass der Täter von einem andern als bislang zur Verfolgung zuständigen Richter beurteilt wird, sondern sie unterwirft ihn auch einem andern Verfahren, dem von der lex fori beherrschten [60].

Der Staat, der im Rahmen der Kompetenzverteilung auf die eigene Strafverfolgung oder die Vollstreckung seines Urteils verzichtet, hat wie der um die Auslieferung angegangene zu untersuchen, ob der Verfolgte wegen der internationalen Zusammenarbeit rechtlich nicht schlechter gestellt wird [61]. Das Opera-

[54] Prot. 3/2 ff, 4/17 f; vgl. auch Prot. I/3 und RE 1972, 34. Vgl. aber § 3 V 2 a: Zutreffenderweise hätten die Experten Art. 11 lit. a im Fall der Übernahme der Verfolgung nach Art. 2 KÜStrV als zwingenden Ausschlussgrund in Art. 10 aufnehmen müssen. Das ist durch die nationale Einführungsgesetzgebung zu korrigieren.

[55] Zu den allgemeinen Einwänden der italienischen Experten: Prot. 6/2, 8/4; I/2; vgl. auch RE 1964 II 31.

[56] Durch Formulierung eines entsprechenden Vorbehaltes gemäss Anh. II KÜStrV.

[57] Dazu: § 4 II 2 a.

[58] RE 1972, 19 f; Prot. 6/11 und I/8. Art. 9 II KÜStrV sieht die Benachrichtigung des ersuchenden Staates vor, wenn die Tat von der Verwaltung beurteilt wird, damit dieser das Ersuchen noch rechtzeitig zurückziehen kann (RE 1972, 39 und Prot. 7/3; vgl. auch Anh. I b und g).

[59] Art. 1 II SVK bezieht sich nur auf die Übernahme der Vollstreckung.

[60] Zur lex fori auch Donnedieu de Vabres, Principes 207 f.

[61] Die rechtsstaatlichen Garantien hinsichtlich des anwendbaren Rechts und des gesetzlichen Richters lassen sich auch als besondere Anwendungen eines allgemeinen Verbots der Schlechterstellung sehen und begründen.

tionsfeld der internationalen Zusammenarbeit würde jedoch erheblich eingeschränkt, wenn das Verbot der Schlechterstellung in der Forderung aufginge, jede strengere lex fori schliesse die zwischenstaatliche Vereinbarung aus [62]. Das kann nur gegenüber dem Staat zutreffen, der verfahrensrechtlichen Grundsätzen huldigt, die mit rechtsstaatlichen Mindestanforderungen, namentlich denjenigen von Art. 5 und 6 MRK, nicht vereinbar sind [63]. Allerdings ist hier noch die Einschränkung zuzulassen, dass die Zusammenarbeit nicht schon daran scheitern darf, dass das zu betrachtende Verfahrensrecht Normen enthält, die möglicherweise die Europäische Menschenrechtskonvention verletzten [64]. Ein Verstoss muss vielmehr zwingend zu erwarten sein [65].

Einen über das Gebot der Wahrung rechtsstaatlicher Verfahrensgrundsätze hinausgehenden Gedanken, der eine besondere Form der Schlechterstellung des Verfolgten durch eine strengere lex fori ausnahmsweise verhindern will, enthält Art. 26 I KÜStrV [66]. Die Vorschrift bestimmt, dass die im ersuchenden Staat ausgeführten Verfolgungshandlungen – deren Rechtmässigkeit vorausgesetzt – im ersuchten zu würdigen sind, wie wenn sie von den eigenen Behörden durchgeführt worden wären [67], versagt aber dieser tatsächlichen Fiktion die beweisrechtlichen Wirkungen, soweit sie weitergehen als im ersuchenden Staat.

b) Die Wahrung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes

Mit dem Verbot der Schlechterstellung verbindet sich die Anweisung, die Übernahme der Strafverfolgung dürfe das Unmittelbarkeitsprinzip nicht beeinträchtigen, obwohl nicht zu verkennen ist, dass jede Verfolgung und Ahndung von Auslandstaten im Inland problematisch ist, weil die Schwierigkeiten der zuverlässigen Tatsachenermittlung mit der Entfernung zum Ort des Verbrechens wachsen [68]. Eine besondere Betrachtung ist im Zusammenhang mit der

[62] Z.B. wenn die lex fori strengere Voraussetzungen für die Fälle notwendiger Verteidigung vorsieht, die Beteiligung des Angeschuldigten bzw. seines Anwaltes an den Beweiserhebungen im Stadium der Voruntersuchung in einem späteren Zeitpunkt zulässt oder die Überweisung des Angeschuldigten an eine Spruchbehörde mit einer höheren Strafkompetenz möglich macht.

[63] RE 1972, 41.

[64] Falls den Angeschuldigten eine Rechtsverletzung treffen wird, steht ihm der Beschwerdeweg offen. Ob eine eventuell anfechtbare Norm im Strafverfahren angewendet wird, steht im übrigen im Übernahmeverfahren nicht immer fest.

[65] Wenn dem Angeschuldigten verwehrt wäre, einen Verteidiger für das Verfahren schlechthin zuzuziehen; wenn bekannt wäre, dass Geständnisse von Häftlingen zwangsweise erpresst werden oder dass bestimmte Rechtsmittel nur eine Farce sind und nie zum Ziel führen usw.

[66] Vgl. auch Art. 26 IV KiGStr.

[67] Die Tragweite von Art. 26 I KÜStrV wird erst die Praxis ganz ausloten. Er geht bestimmt weiter als Art. 7 SVK, der vom ersuchten Staat verlangt, Schriftstücke des ersuchenden Staates, vor allem Einvernahmeprotokolle (RE 1964 II 18f) zu berücksichtigen, wie wenn sie von den eigenen Behörden stammen, undumgekehrt. Vgl. auch § 10 I 6.

[68] Dahm I 275/76, 290. Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Unmittelbarkeit melden auch an Schultz, Formes Nouvelles 98, Neue Entwicklungen 319, FS Grützner 146; Jescheck, Maurach FS 587, RE 1972, 16.

Kompetenzverteilung angezeigt, weil hier die mögliche Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes durch Verzicht auf die Durchführung der eigenen bzw. die Übernahme der fremden Strafverfolgung vermeidbar ist, während das Interesse an der Ausübung einer subsidiären internationalstrafrechtlichen Zuständigkeit über dasjenige an der Beachtung der Prozessmaxime zu stellen ist, wo sonst eine Lücke in der Verfolgung von Taten mit internationalem Einschlag entstünde [69].

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, der den modernen Strafprozess beherrscht, gebietet zweierlei: dass immer das tatnächste Beweismittel herangezogen wird und dass die Beweiserhebung durch das urteilende Gericht zu geschehen hat [70]. Dieses Prinzip soll Hand in Hand mit der Untersuchungsmaxime ein Höchstmass an Sicherheit bringen dafür, dass der ermittelte Sachverhalt den tatsächlichen Vorgängen entspricht. Unmittelbarkeits- und Untersuchungsgrundsatz sind wichtigste Garanten eines rechtsstaatlichen Verfahrens. Von ihnen darf die Spruchbehörde, selbst wenn der Angeschuldigte zustimmt, nicht abweichen, es sei denn, das Gesetz selbst gestatte die Ausnahme [71]. Die Übernahme der Strafverfolgung ist abzulehnen, wenn offenkundig ist, dass dem stellvertretend verfolgenden Richter der Zugang zum tatnächsten Beweismittel, das sonst verfügbar wäre, versperrt bleibt, und wenn dieser nicht ausnahmsweise auf Beweise der Voruntersuchung oder eines (kleinen) Rechtshilfeverfahrens greifen darf [72].

Die Anwendung dieser Regel nötigt zu folgenden, nicht abschliessenden Gedanken zu den Beweismitteln des Strafprozesses:

– Die Anwesenheit und die Abhörung des Angeschuldigten

Dass der Angeschuldigte im Verfahren vor der entscheidenden Instanz anwesend sei und von dieser abgehört werden kann, drängt sich nicht nur wegen der Ermittlung des Sachverhalts auf, sondern auch wegen der Bestimmung der angemessenen Rechtsfolge [73]. Die modernen Strafprozessrechte sind zu Recht zurückhaltend, wenn sie bestimmen, wann in Abwesenheit des Verfolgten verhandelt werden darf [74]. Gerade die Absenz des Angeschuldigten im Verfah-

[69] Ob jede oder nur eine schwerwiegende Tat unter dem Aspekt, Lücken im System der Verbrechensverfolgung zu vermeiden, es rechtfertigt, den Unmittelbarkeitsgrundsatz teilweise zu opfern, bleibt dahingestellt.

[70] Peters 267.

[71] Waiblinger, N 1 zu Art. 254 bern. StrV, Peters 268 ff.

[72] Die Ausübung einer generell-abstrakten Zuständigkeit unterscheidet sich von der stellvertretenden Strafverfolgung, die auf einer Vereinbarung im Einzelfall beruht (vgl. § 4 Anm. 1). Dennoch ist dem Inland zu empfehlen, auf die Ausübung einer unabhängigen Kompetenz zu verzichten und die Kompetenzverteilung anzustreben, wenn ihm das tatnächste Beweismittel fehlt.

[73] So ist an die möglicherweise gebotene Begutachtung des Angeschuldigten zu erinnern.

[74] Waiblinger, N 1 zu Art. 204, N 1 zu Art. 236 bern. StrV, Peters 495 ff. Vgl. auch Art. 5 und 6 StrGB.

ren kann das entscheidende Motiv sein, auf die Durchführung der eigenen Verfolgung zu verzichten [75]. Sie ist andererseits zwingender Grund, die Übernahme abzulehnen. Setzt sich der Täter während des Verfahrens im ersuchten Staat ab, ist nach dem Landesrecht zu entscheiden, ob die Verfolgung zurückzuübertragen ist oder ob sie bis zur Wiederergreifung eingestellt werden soll [76].

– Die Abhörung der Zeugen

Der Angeschuldigte ist nicht unbeteiligt daran, wer im Verfahren vor dem urteilenden Gericht (noch) als Zeuge oder Auskunftsperson abgehört wird. Abgesehen von seinem Recht, die Einvernahme bestimmter Personen zu beantragen [77], spielt die Glaubwürdigkeit seiner Aussagen eine dominierende Rolle.

Überlegungen dazu, wer in der Hauptverhandlung möglicherweise einvernommen werden müsste, sind bereits im Übernahmestadium anzustellen. Die Strafverfolgung kann nur übernommen werden, wenn die gebotene Abhörung einer im Ausland wohnhaften Person durchführbar sein wird [78] oder wenn ein in der ausländischen Voruntersuchung oder im Zuge eines Rechtshilfeersuchens erstelltes Abhörungsprotokoll an der Hauptverhandlung verlesen werden darf. Darin – die Sorge um die Unmittelbarkeit gebietet es – wird immer ein Notbehelf zu erblicken sein; denn die schriftliche Aussage kann – mag sie noch so gut protokolliert worden sein – die besondere Atmosphäre der Befragung, die Gebärden des Zeugen, etwa sein Zögern bei der Beantwortung heikler Fragen, nicht oder nur unvollständig wiedergeben.

Immerhin ist das Verlesen der Aussagen von Belastungszeugen unter dem Gesichtswinkel von Art. 6 Zif. 3 lit. d MRK immer dann zulässig, wenn der Angeschuldigte im Untersuchungsverfahren oder an der rogatorischen Einvernahme Fragen stellen konnte bzw. stellen lassen konnte [79]. Innerhalb dieser Grenze ist nach dem anwendbaren Verfahrensrecht zu prüfen, ob die Verwendung des Abhörungsprotokolls rechtmässig sei. Dabei ist an die Schranke in Art. 26 I KÜStrV zu erinnern, welcher verbietet, das Protokoll als Beweismittel zu verwenden, wenn dies nach dem Recht des ersuchenden Staates in concreto nicht vorgesehen ist.

[75] Z. B. Art. 8 I lit. c und g KÜStrV; vgl. auch GRÜTZNER, ZStrW *81* (1969) 137.

[76] Art. 12 II lit. a KÜStrV nimmt zum Problem nicht Stellung, ermöglicht aber den Widerruf des Akzepts.

[77] Art. 6 III lit. d MRK, dazu SCHUBARTH 509/10, GURADZE, N 36f zu Art. 6, 110.

[78] Schwierigkeiten wird weniger die Distanz als die fehlende Erscheinungspflicht bereiten.

[79] SCHUBARTH 509. Art. 249 al. 1 Zif. 2 bern. StrV darf im Verfahren der stellvertretenden Strafverfolgung nicht angerufen werden, denn nicht der Zeuge hat sich ausser Landes begeben, sondern das Verfahren wurde in einen anderen Staat «gebracht». Die in Art. 96 bern. StrV verbürgten Rechte sind zu wahren.

Ergibt sich erst im Strafverfahren, dass eine Person unbedingt als Zeuge befragt werden muss, und ist es unmöglich, die Abhörung in einer rechtlich zulässigen Art durchzuführen [80], muss die Strafverfolgung zurückübertragen werden.

– Die Durchführung eines Augenscheins

Das urteilende Gericht kann einen Augenschein nicht wiederholen, wenn das Objekt sinnlicher Wahrnehmung im Ausland liegt und ortsgebunden ist.

Trotzdem ist die Übernahme der Strafverfolgung möglich, wenn die am Ort erstellten Protokolle, Pläne, Zeichnungen, Filme, Photographien oder Tonaufnahmen im Hauptverfahren – unter Vorbehalt von Art. 26 I KÜStrV – verwendet werden dürfen. Später notwendig werdende Abklärungen am Tatort können unter Umständen auf dem Rechtshilfeweg durchgeführt werden.

Ortsungebundene Objekte, die als Beweismittel dienen wie z. B. instrumenta et producta sceleris, Urkunden, können und sollen dem urteilenden Gericht vorgelegt werden [81].

– Die Heranziehung von Sachverständigen

Hier werden nur geringe Schwierigkeiten entstehen, wenn Sachverständigengutachten in der Hauptverhandlung verlesen werden dürfen; es gilt der übliche Vorbehalt von Art. 26 I KÜStrV. Allfällige Ergänzungsfragen sind auf dem Rechtshilfeweg beantworten zu lassen, wenn nicht die persönliche Anwesenheit des Experten an der Verhandlung oder dessen Ersetzung durch einen inländischen Gutachter der Sache und dem besondern Inhalt des Auftrags nach möglich ist.

II. Die Anhörung des Verfolgten

1. Die Notwendigkeit der Anhörung

Die rechtlichen Wirkungen der zwischenstaatlichen Vereinbarung sind von der Beteiligung des Verfolgten am Verfahren oder von seiner Zustimmung zur Kompetenzverteilung unabhängig. Daraus könnte gefolgert werden, es sei nicht notwendig, den Täter anzuhören [82].

Das Gegenteil ist der Fall: Dafür spricht das praktische Interesse der beteiligten Staaten, den Standpunkt des Verfolgten zu den Voraussetzungen der

[80] Z. B. durch Vornahme einer rogatorischen Einvernahme mit Zustimmung des Angeschuldigten.

[81] Vgl. Art. 15 I KÜStrV, Art. 14 SVK.

[82] Vgl. die Hinweise bei SCHULTZ, ZStrR 69 (1954) 381/2.

Übernahme der Verfolgung und zum durchzuführenden Strafverfahren zu kennen. Die irrtümliche, auf unzutreffenden Tatsachen beruhende Stellung bzw. Annahme des Ersuchens wird eher vermieden. Auch erscheint die Würdigung zuverlässiger, ob das Verfahren im ersuchten Staat wird erfolgreich geführt werden können oder ob mit einer Rückübertragung der Strafverfolgung zu rechnen ist [83].

Dazu gesellt sich eine rechtsstaatliche Pflicht zur Anhörung. Denn die Übernahme der Strafverfolgung verändert die rechtliche Lage des Angeschuldigten erheblich, unterwirft ihn einem andern materiellen Recht, einem andern Richter und einem andern Verfahren!

Wo ist der Täter anzuhören? Im ersuchenden, im ersuchten Staat oder in beiden? Die Frage ist differenziert zu beantworten. Der ersuchende Staat ist eher geneigt festzustellen, dass das Verfahren im ersuchten rechtsstaatlichen Mindestanforderungen nicht gerecht wird, als dieser selbst. Demgegenüber wird der ersuchte Staat eine kritischere Würdigung darüber vornehmen, ob das Verfahren im ersuchenden Staat nur geführt wurde und übertragen werden soll, um dem Angeschuldigten wegen seiner Rasse, Religion, Nationalität oder seiner politischen Anschauungen Nachteile zuzufügen bzw. zufügen zu lassen [83a].

Die KÜStrV befasst sich nur mit der Anhörung des Täters im ersuchten Staat und verfügt sie, wenn die Strafverfolgung gestützt auf Art. 2 übernommen werden soll [84]. Zweifellos kommt der ersuchende Staat nicht umhin, sich mit den Argumenten desjenigen Täters auseinanderzusetzen, der sich auf seinem Territorium aufhält. Denn die Übertragung der Strafverfolgung zieht die Zuführung des Verfolgten an den ersuchten Staat nach sich.

Wenn eine innerstaatliche Verfügung ein durch die Europäische Menschenrechtskonvention garantiertes Recht des Verfolgten verletzt, bleibt der durch diese gewährleistete Instanzenzug unabhängig von der innerstaatlichen Regelung des Übernahme- bzw. Übertragungsverfahrens vorbehalten.

2. Die Wirkung der Zustimmung des Verfolgten zur Übernahme der Strafverfolgung

a) Die Rechtfertigung von Grundrechtsverletzungen durch Zustimmung

Vom Verzicht auf die Anfechtung der eingetretenen Grundrechtsverletzung ist zu unterscheiden die vom materiellrechtlichen Träger von vornherein

[83] RE 1972, 46.

[83a] Ob die Praxis solche Fälle bescheren wird, wird sich weisen.

[84] Art. 17 KÜStrV. (Art. 39 KiGStr ist kein Pendant dazu, sondern zu vergleichen mit der Einvernahme des Angeschuldigten im Strafverfahren.)

abgegebene Zustimmung zum Eingriff in sein Recht[85]. Diese ist innerhalb gesetzlicher und sittlicher Grenzen möglich[86].

Deshalb wäre es unbedenklich, wenn die nationale Einführungsgesetzgebung zur Konvention über die Übertragung von Strafverfahren die Strafverfolgungsübernahme nach Art. 8 lit. e–h i. V. m. Art. 2 unter Vorbehalt der Zustimmung des Angeschuldigten zuliesse[87].

Auch die Unmittelbarkeit ist innerhalb der vom Prozessrecht gesteckten Grenzen verzichtbar[88].

b) Die Relativität der Zustimmung zur Übernahme der Strafverfolgung und die Anrufung von Beweismitteln durch den Verfolgten im Strafverfahren

Die Zustimmung des Angeschuldigten zur Übernahme der Strafverfolgung, welche ein Verfahren für eine nicht auslieferungsfähige Tat nach sich zieht oder zur Ausdehnung der inländischen Strafverfolgung führt, ist in einem andern Licht zu betrachten als diejenige, die der Verfolgte abgibt, um zu vermeiden, dass er vom Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts an einen andern ausgeliefert wird.

Angesichts der Relativität der Zustimmung ist in jedem Fall sorgfältig zu untersuchen, inwieweit der Verfolgte durch seine Einwilligung in die Übernahme der Strafverfolgung sein Recht beschneidet, im spätern Verfahren Beweisanträge zu stellen.

Der Verfolgte, der daran interessiert war, im Inland beurteilt und nicht ausgeliefert zu werden, muss vielleicht im Prozess erkennen, dass die hier verfügbaren Beweismittel nicht ausreichen, damit er freigesprochen wird, und dass keine Möglichkeit besteht, im Ausland liegende oder abzunehmende Beweise ins Verfahren einzubeziehen. Wenn diese Beweise erheblich erscheinen, kann dem Angeschuldigten seine frühere Zustimmung nicht entgegengehalten werden[89]. Allerdings wird er sich gefallen lassen müssen, dass das Gericht die Erheblichkeit an strengeren Voraussetzungen als üblich messen wird, um der Gefahr vorzubeugen, dass der Täter oder sein Anwalt die Zustimmung zur Übernahme der Strafverfolgung vorschieben, um durch ein von vornherein geplantes Hin und Her zwischen den beteiligten Staaten die Verfolgung zu verzögern oder zu verunmöglichen.

[85] LEUENBERGER 52.

[86] Leuenberger 53 f, GURADZE, N 18 zu Art. 6 MRK, TRECHSEL 98 mit weitern Hinweisen.

[87] Vgl. LEUENBERGER 53. Wenn OEHLER, Richter 297, meint, die Einwilligung könne die Verletzung der Richtergarantie nicht rechtmässig machen, so wahrscheinlich deswegen, weil er darin nur die Institutsgarantie erblickt (Richter 296). Die Verletzung des Instituts durch den Gesetzgeber kann durch die Zustimmung des Rechtsunterworfenen im Einzelfall in der Tat nicht gerechtfertigt werden.

[88] § 4 I 3 b.

[89] Diese ist im Rahmen der Kostenliquidation zu würdigen.

Die Behörden des ersuchten Staates werden einen Verzicht des Angeschuldigten annehmen dürfen, wenn dieser keinem psychischen Zwang unterlegen war, der Übernahme der Strafverfolgung zuzustimmen, und er sich bewusst war, dass bestimmte, ihm bekannte Beweismittel im inländischen Verfahren nicht würden verwendet werden können[90].

[90] Denkbar ist, dass der Angeschuldigte, der in der Voruntersuchung, nachdem ihm die Aussagen bestimmter Personen vorgehalten worden sind, ein glaubwürdiges Geständnis ablegte und daran im Übernahmeverfahren festhielt, dieses in der Hauptverhandlung widerruft und die in der ausländischen Voruntersuchung abgehörten Personen als Zeugen laden lassen will.

2. Teil: Die Übernahme der Strafverfolgung im Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen nach dem Entwurf des Bundesrates vom 8. März 1976

1. Abschnitt: Das Rechtshilfegesetz im allgemeinen

§ 5 Inhalt und Anwendung

I. Inhalt und Gliederung

Das Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG) [1] befasst sich sowohl mit den traditionellen Formen der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit als auch mit der Kompetenzverteilung [2]. Damit stellt die Schweiz den Anschluss an eine internationale Rechtsentwicklung her, die vor allem von den nordischen Staaten und den Benelux-Ländern ausgeht und in den Vereinbarungen des Europarats ihren vorläufigen Höhepunkt gefunden hat [3].

Der erste Teil des Gesetzes fasst die allgemeinen Bestimmungen zusammen (Art. 1–27): die weitgehend im Auslieferungsverkehr gefundenen und bewährten Grundsätze der Zusammenarbeit, Vorschriften über das anwendbare Recht und das Verfahren. Sie gelten, soweit der Natur der Sache entsprechend, für alle Formen der zwischenstaatlichen Kooperation.

Der zweite und dritte Teil haben die klassische Rechtshilfe, die Auslieferung und die andere (kleine) Rechtshilfe, zum Gegenstand (Art. 28–81).

Der vierte und fünfte Teil behandeln die neuen Formen: die Übernahme der Strafverfolgung und der Vollstreckung fremder Strafentscheide durch die Schweiz und die Übertragung derselben ans Ausland (Art. 82–106), die im schweizerischen Recht, von Art. 101 SVG und Art. 372 Zif. 2 al. 2 StrGB abgesehen [4], bislang nur geringe praktische Bedeutung hatten [5].

[1] Botschaft BBl *1976* II 444ff, Gesetzestext a. a. O. 491 ff.

[2] Der Titel «Bundesgesetz über die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen» stünde dem neuen Recht besser an. Einem Antrag SCHULTZ wollte die Expertenkommission nicht folgen, Prot. 10, 1199. Vgl. auch B 13; § 2 II 1.

[3] BBl *1976* II 445, B 4; § 2 I 2 b aa.

[4] Vgl. auch Art. 2 al. 2 AuslG (dazu SCHULTZ, AuslR 51 ff), Art. 3 Zif. 2 al. 3, Art. 5 al. 3 StrGB.

[5] Bedeutung haben sie im grenznachbarlichen Verkehr: Mannheimer Akte, AS *1967* 1597, Vertrag zwischen der Schweiz, der BRD und Österreich über die Schiffahrt auf dem Bodensee, AS *1976* 19ff; weitere Hinweise bei SCHULTZ, Jahrbuch 1963, 202.

II. Anwendung [6]

1. Sachliche Anwendung

Das Gesetz regelt alle Verfahren der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit in Strafsachen (Art. 1).

Ob und wie es in einem Strafprozess, der aufgrund einer zwischenstaatlichen Vereinbarung in der Schweiz geführt wird (stellvertretende Strafverfolgung), zu beachten ist, wird später geprüft [7].

Indem Art. 1 die Anwendung geltender internationaler Vereinbarungen vorbehält, erübrigt sich zu prüfen, ob Staatsverträgen und Gegenrechtserklärungen Übergesetzlichkeit zukommt [8]. Wenn diese lückenhaft sind, greift das IRSG ein [9]; ebenso, wenn sie auf die innerstaatliche Regelung verweisen, namentlich im Bereich des Verfahrens und der Ausführung der zwischenstaatlichen Vereinbarung im Einzelfall.

Der Vorbehalt wesentlicher Landesinteressen (Art. 1 al. 2), die allgemeinen Ausschlussgründe (Art. 2–4) und die Bestimmungen über den Ausschluss eines Anspruchs auf zwischenstaatliche Zusammenarbeit (Art. 1 al. 3) sowie das Gegenrecht (Art. 6), die das Gesetz im 1. Kapitel des 1. Teils unter der Überschrift «Geltungsbereich» abhandelt, sind nicht Kriterien für die Anwendung des Gesetzes, sondern Grundsätze der Zusammenarbeit, die in einem nach dem IRSG zu führenden Verfahren zu ermitteln und zu würdigen sind.

2. Zeitliche Anwendung

Hängige Auslieferungsverfahren sind nach altem Recht zu Ende zu führen (Art. 108 al. 1). Eine Bestimmung über die Rechtshilfe fehlt, weil diese bis heute in der Schweiz nicht gesetzlich geregelt war; hier werden alle hängigen Verfahren dem neuen als besserem Recht unterstellt [10].

Art. 108 al. 2 versteht sich aus der Sorge um das Legalitätsprinzip: Weil die schweizerische Gerichtsbarkeit zur Zeit der Tat fehlte, kann die Strafverfolgung und die Vollstreckung des fremden Strafentscheides nicht übernommen werden, wenn die Tat begangen worden ist, bevor das Gesetz in Kraft stand [11]. Da

[6] Das Wort Geltung soll, damit der einheitliche Sprachgebrauch in dieser Arbeit gewahrt wird, vermieden werden. Anwendung verstanden als Anweisung an die rechtsanwendenden Behörden der Schweiz (vgl. § 1 III 2).

[7] § 10.

[8] Vgl. z. B. SCHULTZ, AuslR 134ff; BGE *95* I 465 E. 1 und BGE *99* Ib 43ff E. 3 und 4.

[9] SCHULTZ, AuslR 135.

[10] B 106ff, insbesondere 107.

[11] B 107/8.

die Zuständigkeit unter dem alten Recht schlechthin fehlt, kann die von der schweizerischen Rechtsprechung zum fortgesetzten Delikt entwickelte Lösung[12], die auf das Kollektiv- und Dauerdelikt auszudehnen ist[13], nicht angewendet werden, wenn die strafbare Tätigkeit vor Inkrafttreten des Gesetzes begonnen hat, aber erst nachher beendet wurde. Weil die strafrechtliche Sanktion nicht teilbar ist, kann die Vollstreckung nicht partiell übernommen werden, wenn dem Urteil Taten zugrunde liegen, die teils vorher, teils nachher ausgeführt wurden[14].

Die zu Art. 2 al. 1 StrGB entwickelte, hier anzuwendende Regel besagt, dass eine Tat selbst dann als unter dem alten Rechtszustand verübt gilt, wenn der Erfolg nachher, unter der Herrschaft des neuen Gesetzes, eingetreten ist[15].

3. Persönliche Anwendung

Das Gesetz ist auf Personen schweizerischer und ausländischer Nationalität anwendbar, die der schweizerischen Staatsgewalt unterstehen[16].

Die Bestimmung, dass Schweizer Bürger ohne schriftliche Zustimmung einem fremden Staat weder ausgeliefert, noch zur Strafverfolgung oder Strafvollstreckung übergeben werden dürfen (Art. 5 al. 1), ist nicht eine Ausnahme von der Anwendung des Gesetzes, sondern eine solche von der Anwendung dieser Verfahren.

§ 6 Der Vorbehalt wesentlicher Landesinteressen und die Ausschlussgründe des allgemeinen Teils im Verhältnis zur Übernahme und zur Übertragung der Strafverfolgung

I. Der Vorbehalt wesentlicher Landesinteressen (Art. 1 al. 2) [1]

Die Anwendung des Gesetzes darf Hoheitsrechte, die Sicherheit oder andere wesentliche Interessen der Schweiz nicht erheblich beeinträchtigen (Art. 1 al. 2).

Die Generalklausel bezieht sich nicht nur auf die Ablehnung ausländischer und den Verzicht auf die Stellung schweizerischer Ersuchen[2], sondern die

12 BGE *69* IV 147, *72* IV 134 und 181.
13 SCHWANDER, Lehrbuch 34.
14 Vgl. allerdings Art. 4 II KiGStr.
15 SCHULTZ, Einführung I 84.
16 Die Unterstellung unter die schweizerische Staatsgewalt ist eine rechtliche (wie die Gerichtsunterworfenheit, vgl. § 1 IV).
1 VE PA 1, 2, EExKo 1. Lesung 2, 2, EExKo 6; Prot. 13, 233, 1369, 1372; B 14f, 109f
2 BBl *1976* II 478.

Formulierung und systematische Stellung gestatten es, ausnahmsweise eine Zusammenarbeit mit dem Ausland zu üben, die ein vorhandener Ausschlussgrund oder eine fehlende Voraussetzung verböte.

Die Vorschrift, die u.a. mit dem Geheimnisschutz in Zusammenhang gebracht wird [3] und politische Rücksichtnahmen ermöglicht [4], dürfte im Recht der Übernahme der Strafverfolgung keine grosse Rolle spielen.

II. Das Verfahren im Ausland (Art. 2) [5]

Das Gesetz nimmt die in den Abkommen des Europarats vorgesehenen Ausschlussgründe auf [6].

Einem Ersuchen wird nicht entsprochen, wenn ernstliche Gründe für die Annahme bestehen, dass das Verfahren im Ausland schwere Mängel aufweist, insbesondere die Verfahrensgrundsätze der Europäischen Menschenrechtskonvention verletzt (Art. 2 lit. a), oder wenn es durchgeführt wird, um eine Person wegen ihrer politischen Anschauungen, wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder aus Gründen der Rasse, Religion oder Volkszugehörigkeit zu verfolgen oder zu bestrafen (Art. 2 lit. b), ferner dazu führen könnte, die Lage des Verfolgten aus einem dieser Gründe zu erschweren (Art. 2 lit. c).

Diese Gründe werden, wenn die Schweiz die Strafverfolgung übernimmt, geringste praktische Bedeutung haben. Sie könnten im Rahmen von Art. 89 beachtlich werden, indem der schweizerische Richter die tatsächliche Gleichwertigkeit ausländischer Untersuchungshandlungen ablehnt, weil die rechtlichen oder tatsächlichen Umstände, unter denen sie vorgenommen wurden, nicht rechtsstaatlichen Mindestanforderungen entsprächen [7]. Das ist keine Frage des Ausschlusses der Zusammenarbeit, es sei denn, die Übernahmebehörden kämen gerade solcher Mängel wegen zum Schluss, das Verfahren könne im Inland nicht geführt werden. Art. 2 ist jedoch vorbehaltlos zu beachten, wenn die Schweiz sich veranlasst sieht, ein Ersuchen zu stellen, und zwar selbst dann, wenn der ersuchte Staat internationalstrafrechtlich zuständig ist. Das Begehren zu unterbreiten und aufrechtzuerhalten, liefe darauf hinaus, ein Urteil anzuerkennen, das unter Missachtung elementarer Rechtssätze zustandekommt (Art. 86).

[3] B 14, BBl *1976* II 464; Art. 7 al. 3 und 61 IRSG. Vgl. MARKEES, Der Geheimnisschutz im Rechtshilfeverfahren in Strafsachen, ZStrR *92* (1976) 179.

[4] B 15.

[5] VE PA 3, EExKo 1. Lesung 3, EExKo 2; Prot. 23, 63–65, 76–80, 83f, 169–180, 188, 969–974, 1208; B 15, 108f; BBl *1976* II 478f.

[6] § 2 II 2 e.

[7] Gemeint sind nicht nur rechtliche Vorschriften, sondern es geht auch um die Durchführung in der Praxis; Prot. 173 und BBl *1976* II 478.

1. Politische, militärische und ähnliche Delikte (Art. 3 al. 1 und 2)[8]

Das Ersuchen darf nicht angenommen werden, wenn Gegenstand des Verfahrens eine Tat ist, die nach schweizerischer Auffassung ausschliesslich oder überwiegend politischen Charakter hat, eine Verletzung von Pflichten zu militärischen oder ähnlichen Dienstleistungen darstellt oder gegen die Landesverteidigung oder Wehrkraft des ersuchenden Staates gerichtet erscheint (Art. 3 al. 1). Die Einrede, die Tat sei eine politische, darf nicht erhoben werden, wenn diese auf die Ausrottung oder Unterdrückung einer Bevölkerungsgruppe aus Gründen ihrer Staatsangehörigkeit, Rasse, Religion oder ihrer ethnischen, sozialen oder politischen Zugehörigkeit gerichtet war (Art. 3 al. 2).

Diese Vorschrift gilt ohne Unterschied für die Übernahme und für die Übertragung der Strafverfolgung (Art. 26 al. 1).

2. Fiskalische und wirtschaftspolitische Straftaten (Art. 3 al. 3)[9]

Die zwischenstaatliche Zusammenarbeit ist ausgeschlossen, wenn sie einer Tat wegen geübt werden sollte, die auf die Verkürzung fiskalischer Abgaben gerichtet erscheint oder Vorschriften über währungs-, handels- oder wirtschaftspolitische Massnahmen verletzt. Ausnahmen von dieser Regel sind möglich, wenn die Ablehnung eines ausländischen Ersuchens wesentliche Interessen der Schweiz erheblich beeinträchtigen kann.

Von der Norm abzuweichen, ist nur gegenüber ausländischen Ersuchen möglich; das ergibt die Formulierung. Die Vorschrift, die auf die Auslieferung und die kleine Rechtshilfe zugeschnitten ist[10], kann auch auf die Übernahme der Strafverfolgung angewendet werden. Zwar ist die notwendig werdende Umstellung des Sachverhalts, da die Tat der Regel nach nach schweizerischem Recht beurteilt wird[11], aus der Sicht des Legalitätsprinzips nicht ganz unbedenklich[12]. Sie ist vertretbar, wenn die ausländische Strafpflicht und die Anwendbarkeit der lex mitior minutiös und nicht summarisch festgestellt werden[13].

[8] VE PA 3, 1 lit. a, EExKo 1. Lesung 3 a lit. a, EExKo 3, 1 lit. a; Prot. 18–22, 62, 196–198, 903–904; B 15, 109; BBl *1976* II 479.

[9] VE PA3, 1 lit. a, EExKo 1. Lesung 3 a lit. b, EExKo 3, 1 lit. b; Prot. 20, 199–203, 905; B 15 f, BBl *1976* II 453 ff.

[10] BBl *1976* II 453 f.

[11] Z. B. Art. 83 al. 1 IRSG i. V. m. Art. 14 al. 2 VStrR.

[12] § 4 I 1 b a. E.

[13] Art. 83 al. 2 IRSG. § 10 II 1 und 2 und Anm. 29.

3. Die Bedeutung der Tat (Art. 3 al. 4)[13a]

Minima non curat praetor. Die Geringfügigkeit der Tat ist relativ. Sie beurteilt sich nach der Art der angestrebten Zusammenarbeit. Strafbares Verhalten, das eine Auslieferung nicht rechtfertigt, kann durch Übernahme der Strafverfolgung geahndet werden (Art. 82 al. 2)[14]. Art. 88 al. 4 ist deshalb nicht mit Art. 3 al. 4 gleichzusetzen.

IV. Die Wirkungen einer materiellrechtlichen Erledigung der Strafsache in der Schweiz oder im Tatortstaat (Art. 4 lit. a und b)[15]

1. Im allgemeinen

Die Wirkungen, welche die materiellrechtliche Erledigung der Strafsache in der Schweiz oder im Tatortstaat nach Art. 4 lit. a und b IRSG entfalten, sind nicht zu verwechseln mit der internationalen Geltung der Erledigungswirkung, die der Europarat in Art. 53 ff KiGStr und Art. 35 ff KÜStrV geregelt hat[16].

Ein Beispiel verdeutliche dies: Die Schweiz, die aufgrund von Art. 3 StrGB zur Verfolgung und Ahndung einer Tat zuständig ist, wird durch das in einem konkurrierenden Tatortstaat gefällte und vollzogene Urteil nicht daran gehindert, ein eigenes Strafverfahren wegen derselben Tat und gegen den gleichen Täter zu führen[17]. Die Auslieferung des Verfolgten kann sie jedoch wegen Art. 4 i. V. m. Art. 26 al. 1 IRSG nicht verlangen. Nach dem Recht des Europarats wäre die Verfolgung schlechthin ausgeschlossen.

2. Die Freisprechung des Angeschuldigten

Die internationale Zusammenarbeit ist untersagt, wenn der Angeschuldigte in der Schweiz oder im Tatortstaat freigesprochen wurde (Art. 4 lit. a al. 1). Diese Wirkung besteht im Rahmen der persönlichen und gegenständlichen

[13a] Vgl. auch Art. 26 al. 4 IRSG.

[14] Vgl. auch Prot. 411 und 1446. Art. 3 al. 4 stand ursprünglich im VE PA 12 lit. a im Zusammenhang mit der Auslieferung; Art. 88 al. 2 lautete in VE PA 56 al. 2 (= EExKo 1. Lesung): «Die Polizeiabteilung kann die Übernahme der Strafverfolgung ablehnen, wenn wichtige Gründe ihr entgegenstehen oder nach den übermittelten Akten ein Tatbestand vorliegt, dessen Verfolgung im umgekehrten Fall vom ersuchenden Staat nicht übernommen würde.»

[15] VE PA 3, 1 lit. c aa, EExKo 1. Lesung 3 b lit. a und b, EExKo 4 lit. a und b; Prot. 24–26, 66–72, 206–217, 906 f, 1210; B 17 f.
Art. 4 lit. c IRSG betrifft die beidseitige Strafbarkeit und gehört nicht hierher (B 27).

[16] § 2 II 2 c bb.

[17] Falls nicht Art. 3 II StrGB gilt.

Identität[18]. Wer Tatortstaat ist, bestimmt das Recht des Urteilsstaates[19]. Das Urteil muss endgültig sein[20]. Jeder Freispruch aus materiellrechtlichen Gründen ist beachtlich, nicht nur wenn er gestützt auf die Feststellung erfolgte, der Angeschuldigte habe die ihm angelastete Tat tatsächlich nicht begangen[21].

Art. 4 lit. a i.V.m. Art. 26 al. 1 – wörtlich angewendet – verböten es, die Strafverfolgung an den Tatortstaat zu übertragen, wenn dort das freisprechende Urteil bereits rechtskräftig ist. Damit die Sperrwirkung von Art. 86 auf die konkurrierende inländische Gerichtsbarkeit nach Art. 3[22] und 5 StrGB ausgedehnt werden kann, ist unter den Voraussetzungen von Art. 85 die Erklärung, das Urteil werde anerkannt, zuzulassen[23].

3. Die Hinderung der Ausübung der Strafpflicht

Unter den Begriff der Hinderung der Ausübung der Strafpflicht fallen die bedingte Verurteilung[24], die bedingte Aussetzung der Sanktion und die bedingte Entlassung aus dem Straf- und Massnahmevollzug[25]. Das Gesetz erfasst sie alle[26], daneben auch vorübergehende, formellrechtliche Vollstreckungshindernisse wie z. B. die Unterbrechung des Vollzugs aus gesundheitlichen Gründen oder die aufschiebende Wirkung, die einem ausserordentlichen Rechtsmittel verliehen wurde[27].

Art. 4 lit. a und b schliesst die Zusammenarbeit aus, wenn die Strafpflicht aus materiell- oder formellrechtlichen Gründen nicht ausgeübt werden darf[28].

Wenn die Schweiz ersuchter und Urteilsstaat ist, erfasst Art. 82 al. 3 die

[18] Zur mitunter schwierigen Feststellung, ob eine identische Tat vorliegt oder nicht: OEHLER, IntStrR 612f; vgl. auch WAIBLINGER, N 6 zu Art. 4 bern. StrV.

[19] Entsprechend der Lösung durch den Europarat: Art. 53 III KiGStr (RE 1970, 78), Art. 35 III KÜStrV (RE 1972, 65).

[20] «Endgültig» ist anstelle von «rechtskräftig» getreten (vgl. VE PA und Prot. 71). Identisch die Formulierung in den Konventionen des Europarats (vgl. RE 1970, 22). Ausserordentliche Rechtsmittel fallen grundsätzlich nicht in Betracht. Die gewählte Lösung rechtfertigt wohl ein Zuwarten, wenn gegen ein rechtskräftiges Urteil ein ausserordentliches Rechtsmittel eingelegt worden ist, das zum Urteil in einem zeitlich befristeten Zusammenhang steht wie z. B. die eidgenössische Kassationsbeschwerde.

[21] Übereinstimmung mit dem Recht des Europarats: § 2 II 2 c bb.

Einstellungsbeschlüsse gelten nicht als Freispruch (Prot. 207ff); das gilt jedoch nur für nicht schweizerische. Im Inland entscheidet das massgebende Prozessrecht.

[22] Konkurrenz mehrerer Tatortstaaten ist nach der Ubiquitätstheorie oder beim Kollektiv-, Dauer- und fortgesetzten Delikt möglich.

[23] Nach Art. 6 StrGB gilt der ausländische Freispruch unmittelbar.

[24] Probation, d.h. die Feststellung des Richters, dass der Täter schuldig sei, und vorläufiger Verzicht auf die Ausfällung einer Sanktion.

[25] Zu den möglichen Formen: GRÜTZNER W. 7ff.

[26] Prot. 24f.

[27] Prot. 25.

[28] Die Zusammenarbeit ist – das liegt in der Natur der Sache – möglich in der Form der Überwachung des bedingt Verurteilten bzw. bedingt Entlassenen. Dabei kann die Zuständigkeit zum Widerruf des Bedingten und zur Vollstreckung schon vereinbart werden.

Zusammenarbeit; die Übernahme der Strafverfolgung ist schon deshalb nicht möglich, weil die Schweiz eine unabhängige Zuständigkeit besitzt[29].

Art. 4 lit. a und b i. V. m. Art. 26 al. 1 hindern ein schweizerisches Ersuchen, solange das im Inland gefällte Urteil nicht vollziehbar ist[30]. Wenn der ersuchte ausländische Tatortstaat bereits rechtskräftig geurteilt hat, muss es möglich sein, unter den Voraussetzungen von Art. 85 dieses Urteil anzuerkennen[31].

4. Der Untergang der Strafpflicht

Die Zusammenarbeit ist ausgeschlossen, wenn die Strafpflicht in der Schweiz oder im Tatortstaat[32] erloschen ist. Das tritt ein durch endgültigen Verzicht auf die Sanktion (Art. 4 lit. a al. 2), durch Begnadigung, Amnestie, Verjährung, Bewährung des Täters, Vollzug der Sanktion (Art. 4 lit. b)[33].

Der Untergang der Strafpflicht in der Schweiz bzw. im Tatortstaat wirkt sich im Recht der Übernahme der Strafverfolgung wie folgt aus:

Ist die Schweiz ersuchter und Urteilsstaat, geht – wie gesehen[34] – Art. 82 al. 3 vor. Ein Begehren des urteilenden Tatortstaates hat sie gestützt auf Art. 4 abzulehnen. Wenn das Urteil noch nicht vollzogen ist, kann sie die Strafverfolgung übernehmen[35], wenn die Vollstreckung des fremden Strafentscheides nicht möglich ist.

Der Untergang der Strafpflicht in der Schweiz hindert die Übertragung der Strafverfolgung an das Ausland (Art. 4 i. V. m. Art. 26 al. 1). Diese ist jedoch unter den Voraussetzungen von Art. 85 zuzulassen, obwohl die Strafpflicht im konkurrierenden ersuchten Tatortstaat erloschen ist; sie erschöpft sich in der Erklärung, die ausländische Erledigung anzuerkennen, und schliesst aus, dass nach Art. 3 StrGB weiter gegen den Täter in der Schweiz vorgegangen werden muss[36].

[29] Das Ersuchen soll mit Rücksicht auf die Wirkungen im ersuchenden Staat an die zuständige schweizerische Behörde weitergeleitet werden (vgl. § 7 I 2 b).

[30] Vgl. aber § 6 Anm. 28.

[31] Vgl. § 6 IV 2 a. E. – Vgl. auch SJZ *1954* 311 und SCHULTZ, Jahrbuch 1963, 201.

[32] Nur der Untergang der Strafpflicht in der Schweiz und im Tatortstaat ist beachtlich (vgl. VE PA 3, 1 lit. c aa; Prot. 213 ff). Ist die Strafpflicht in einem Drittstaat erloschen, bleibt die Auslieferung möglich; wird die Strafverfolgung übernommen, ist der im Drittstaat verbüsste Freiheitsentzug auch ohne ausdrückliche Vorschrift anzurechnen.

Ist der Drittstaat selber ersuchender Staat, ist die Auslieferung an diesen mangels Strafbarkeit ausgeschlossen (SCHULTZ, AuslR 339). Die Übernahme der Strafverfolgung scheitert bereits an Art. 82 al. 1 (Ersuchen des Tatortstaats!).

[33] § 1 II 2.

[34] Vgl. § 6 IV 2 a. E., 3 a. E.

[35] Wenn die Strafpflicht noch nicht erloschen ist, stellt die Übernahme der Strafverfolgung eine Konsequenz von Art. 4, nicht eine Ausnahme hiezu dar (wie BBl *1976* II 468 meint). Vgl. auch Jahrbuch 1973, 418 f. – Die Übernahme der Vollstreckung (Art. 91 ff IRSG) ist vorzuziehen.

[36] Vgl. § 6 IV 2 a. E., 3 a. E.

2. Abschnitt: Übernahme und Durchführung der Strafverfolgung durch die Schweiz

§ 7 Die materiellen Voraussetzungen

I. Die Rolle der Gerichtsbarkeit

1. Die Gerichtsbarkeit des ersuchenden Staats

a) Im allgemeinen

Die Gerichtsbarkeit[1] des ersuchenden Staates ist erste Voraussetzung der Auslieferung[2]: Das Verfahren ist nutzlos und die zwangsweise Übergabe des Verfolgten ein rechtswidriger Eingriff in seine persönliche Freiheit, wenn von vornherein feststeht, dass der ersuchende Staat ihn nicht wird belangen können.

Diese Begründung kann nicht auf die Übernahme der Strafverfolgung angewendet werden. Doch ist unbestritten, dass der ersuchende Staat eine Gerichtsbarkeit benötigt[3]. Nicht dass diese übertragen würde: Denn die Übernahme der Strafverfolgung begründet das Mandat des ersuchten Staates, die Interessen des ersuchenden an der Verfolgung und eventuellen Ahndung einer möglicherweise strafbaren Tat gegenüber ihrem Urheber in einem inländischen Verfahren zu wahren[4], weshalb dieser verpflichtet ist, die in jenem eingetretene materiellrechtliche Erledigung der Strafsache anzuerkennen[5].

Zutreffend ist jedoch: Weil dem ersuchten Staat eine Beziehung zur Tat und – nach seinem gesetzespolitischen Entscheid – ein eigenes Interesse an einer generell-abstrakten Zuständigkeit fehlen[6], führt er die Verfolgung nur auf Ersuchen eines Staates, der diese besondere Legitimation geltend macht[7].

b) Die Beschränkung auf den Tatortstaat

Die Beschränkung der stellvertretenden Strafverfolgung auf das Interesse des Tatortstaates, welche das Gesetz mit Recht enthält (Art. 82 al. 1), hat zwei

[1] § 1 IV.

[2] Vgl. SCHULTZ, AuslR 63ff.

[3] Wenn der Verfolgte diplomatische Immunität geniesst, genügt die internationalstrafrechtliche Zuständigkeit; vgl. § 2 II 2 c aa.

[4] § 3 II.

[5] § 3 IV 1 a.

[6] Der Aufenthalt des Straftäters auf dem eigenen Territorium ist ein Sicherheitsrisiko. Wenn das Inland von der resozialisierenden («heilenden») Kraft der Strafe und Massnahme ausgeht, hat es immer ein eigenes Interesse an der Strafverfolgung, wenn es den Täter nicht ausliefert oder fremdenpolizeilich wegweist. Diese Überlegungen können den Gesetzgeber veranlassen, eine generell-abstrakte Zuständigkeit, das Domizilprinzip, zu begründen.

[7] Die völkerrechtliche Rechtfertigung der Zuständigkeit des ersuchten Staats entspricht im konkreten Fall derjenigen, welche der ersuchende für sich geltend machen kann.

Wurzeln[8]: Sie gründet auf dem Vorrang des Territorialprinzips[9]. Damit verhindert sie, dass die Zuständigkeit der Schweiz einen Kompetenzkonflikt heraufbeschwört[10]. Zum zweiten spricht für sie die Überlegung, dass der Tatortstaat am ehesten die Beweise zum tatsächlichen Geschehen besitzt und zur Verfügung stellen wird[11].

Wer Tatortstaat ist, sollte sich nach dem Recht des ersuchenden Staates entscheiden[12]. Damit wird verhindert, dass die Strafbarkeit nach dem Recht des ersuchenden Staates aufgrund einer andern internationalstrafrechtlichen Zuständigkeit beurteilt werden muss[13].

2. Die Gerichtsbarkeit der Schweiz

a) Die Notwendigkeit einer eigenen Zuständigkeit zur Verfolgung und Ahndung der im Ausland begangenen Straftat

Es ist unumstritten, dass eine eigene Zuständigkeit als rechtsstaatliche Grundlage zum Eingriff in Freiheits- und Vermögensrechte des Bürgers notwendig ist. Art. 82 erschöpft sich somit nicht in der Ermächtigung der PA zum Abschluss einer Vereinbarung mit dem Ausland[14].

b) Die unabhängige internationalstrafrechtliche Zuständigkeit der Schweiz als Grund, die Anwendbarkeit von Art. 82ff IRSG auszuschliessen[15]

Die stellvertretende Strafverfolgung tritt in die Lücke, die von den unabhängigen internationalstrafrechtlichen Zuständigkeiten des schweizerischen Rechts offengelassen wird[16]. Wenn sich das ausländische Übernahmebegehren auf einen Sachverhalt bezieht, der der inländischen Zuständigkeit untersteht, ist die Einigung zwischen den beteiligten Staaten nicht Bedingung der Strafverfolgung. Trotzdem ist die Vereinbarung mit Rücksicht auf die Wirkungen, die sie im ersuchenden Staat entfaltet[17], erwünscht[18].

[8] Vgl. Prot. 824; vgl. auch GRÜTZNER, Revue *31* (1960) 400f.

[9] § 2 Anm. 12.

[10] Denn ein schweizerisches Urteil, das sich auf eine andere Zuständigkeit stützte, würde im Tatortstaat kaum anerkannt. Vgl. auch KÜStrV 35 III und KiGStr 53 III: Der Tatortstaat ist nur verpflichtet, das Ergebnis der ausländischen Strafverfolgung anzuerkennen, wenn er sie selber verlangt hatte.

[11] Um so mehr, als sich das Prinzip der Unmittelbarkeit nicht streng befolgen lässt; vgl. § 4 I 3 b.

[12] Zu den verschiedenen Möglichkeiten der Tatortbestimmung: OEHLER, IntStrR 199ff (§§ 19f) und die dortigen Hinweise.

[13] Wenn z. B. der ersuchende Staat den Ubiquitätsgrundsatz nicht kennt, sein Begehren jedoch nach Art. 7 StrGB zugelassen würde. Die Strafpflicht müsste aber nach dem Recht des ersuchenden Staates entstanden sein.

[14] § 3 V 2 a.

[15] Unabhängige Zuständigkeiten werden auch als originäre, ursprüngliche, autonome (so der B und die Botschaft) bezeichnet.

[16] § 2 I 2.

[17] § 3 IV 1 a.

[18] Vgl. Art. 30ff KÜStrV, insbesondere Art. 33 i. V. m. 21.

In diesem Sinn ist Art. 82 al. 3 auszulegen: Die PA soll das ausländische Ersuchen nicht abweisen, sondern an die nach Art. 346ff StrGB zuständige schweizerische Behörde weiterleiten[19]. Die Weiterleitung – keine nach Art. 20f anfechtbare Verfügung[20] und ohne die besondern Wirkungen der Übernahme der Strafverfolgung[21] – führt zu einem zwischenstaatlichen Vertrag[22], der dem Verfolgten die Anerkennung der materiellrechtlichen Erledigung der schweizerischen Strafverfolgung im ersuchenden Staat sichert.

c) Das Verhältnis zwischen Art. 82ff IRSG und den von einem ausländischen Ersuchen abhängigen Zuständigkeiten des schweizerischen Rechts

aa) Art. 372 StrGB und Art. 101 SVG als Zuständigkeiten im Sinn von Art. 82 al. 3 IRSG?

Die Expertenkommission hat das Verhältnis von Art. 82 al. 3 zu Art. 101 SVG und dem revidierten Art. 372 StrGB nicht geklärt. Beide Bestimmungen ermöglichen die Ausübung stellvertretenden Strafrechts[23].

Der Bericht der Expertenkommission und die Botschaft zitieren nur unabhängige Zuständigkeiten, welche die Übernahme der Strafverfolgung ausschliessen[24].

Es darf nicht davon ausgegangen werden, Art. 82 al. 3 verbiete es, das Gesetz auf die genannten, von einem ausländischen Übernahmebegehren abhängigen Kompetenzen anzuwenden.

bb) Lex posterior generalis non derogat legi speciali anteriori

Art. 372 StrGB hat nur das Verfahren gegen Kinder und Jugendliche, Art. 101 SVG nur Strassenverkehrsdelikte zum Gegenstand. Als Spezialvorschriften könnten sie, wenn sie nicht unter Art. 82 al. 3 fallen, vom jüngeren Recht nicht abgeändert, sondern nur insoweit ergänzt werden, als ihnen auf Einzelfragen entweder ausdrücklich oder durch Auslegung keine Antwort entnommen werden kann.

Diese Meinung hat etwas für sich. Jedoch: Es lässt sich zeigen, dass gewichtige Gründe gegen sie sprechen, um so mehr als die Parömie «lex posterior generalis non derogat legi speciali anteriori» nur bedingt gültig ist.

[19] Diese Regel gilt auch, wenn der ersuchende Staat zwar nicht Tatortstaat ist (Art. 82 al. 1 IRSG!), die Schweiz aber eine internationalstrafrechtliche Zuständigkeit besitzt.

[20] Art. 82 al. 3 i. V. m. Art. 88 IRSG.

[21] Insbesondere diejenigen, die sich aus Art. 8 und 89 IRSG ergeben (anders Art. 33 i. V. m. Art. 24 und 26 KÜStrV, vgl. aber Art. 23 KÜStrV und Art. 6 SVK sowie die möglichen Vorbehalte zu Art. 26 II KÜStrV und Art. 6 SVK).

[22] Entweder ausdrücklich, wenn die Weiterleitung mitgeteilt wird, oder konkludent.

[23] Zu SVG 101: SCHULTZ, Neue Entwicklungen 315, Compétence 325ff, Jahrbuch 1963, 202f; zu StrGB 372: BOEHLEN, N 9f zu Art. 372 StrGB, SCHULTZ, Jahrbuch 1973, 433f.

[24] B 68, BBl *1976* II 468 (vgl. auch 446!); vgl. auch Prot. 819.

cc) Die eigene Lösung

Art. 82 al. 1 gestattet die akzessorische Übernahme der Strafverfolgung, wenn der Täter – Schweizer oder Ausländer – sich in der Schweiz wegen anderer schwerer wiegender Taten zu verantworten hat und für die Auslandstat die Auslieferung nicht zulässig ist.

Es ist nicht einzusehen, weshalb dies in bezug auf Strassenverkehrsdelikte nicht gelten soll, nur weil der von Art. 101 SVG geforderte Wohnort in der Schweiz fehlt. Derselbe Einwand lässt sich erheben, wenn ein Strafverfahren gegen ein Kind oder eine jugendliche Person in der Schweiz geführt wird, wenn diese ausnahmsweise nicht Wohnortsstaat ist[25].

Nach der hier vertretenen Lösung ergänzt das neue Recht nicht nur Art. 101 SVG und Art. 372 StrGB, soweit sie lückenhaft sind[26], sondern hebt sie insoweit auf, als sie ihm widersprechen, namentlich was das anwendbare Recht betrifft (Art. 83)[27].

Art. 101 SVG und Art. 372 StrGB bewahren daneben ihre über Art. 82 hinausgehende Bedeutung. Sie äussert sich darin, dass die Verfolgung in der Schweiz für Nichtauslieferungsdelikte möglich ist, ohne dass der Täter, ein Kind oder Jugendlicher bzw. ein im Strassenverkehr Delinquierender, sich gleichzeitig wegen anderer Taten zu verantworten hat, und dass eine auslieferungsfähige Straftat geahndet werden kann, ohne dass nach den besonderen Voraussetzungen von Art. 82 al. 2 gefragt werden muss[28].

II. Die Rechtfertigung der Übernahme

1. Kriterien für die Auslegung

a) Die durch das IRSG verfolgten Ziele

Das Gesetz soll die Zusammenarbeit der Schweiz mit andern Staaten auf dem Gebiet der Strafrechtspflege erleichtern und fördern, damit die Wirksamkeit der Verbrechensbekämpfung erhöhen. Die Beschleunigung und Erleichterung des grenzüberschreitenden Verkehrs und der Nachrichtenübermittlung sowie

[25] Der Wohnortsstaat geht vor: BOEHLEN, N 9 zu Art. 372, 293f. Vgl. auch Art. 29 IRSG und dazu BBl *1976* II 462.

[26] Ergänzend werden namentlich eingreifen Art. 4, 8 und 89 IRSG. Was den Gerichtsstand betrifft, bringt Art. 84 IRSG für Art. 101 SVG keine Neuerung (SCHULTZ, Strafbestimmungen zum SVG 117) und Art. 372 I geht Art. 348 StrGB ohnehin vor in den seltenen Fällen, wo eine Abweichung denkbar wäre (SCHWERI, ZStrR *92* [1976] 145ff).

[27] Die Anwendung des schweizerischen Strafrechts hängt von der lex loci ab. Nach ihr beurteilt sich die Strafpflicht. Unter diesem Gesichtspunkt sind im Strassenverkehrsrecht die am Tatort geltenden Verkehrsregeln beachtlich.

[28] Aber diejenigen nach Art. 101 SVG bzw. Art. 372 StrGB!

die zunehmende internationale Verflechtung der Wirtschaft führen zur Formen der Kriminalität, die mit den herkömmlichen, oft schwerfälligen Methoden der Zusammenarbeit nur ungenügend bekämpft werden können.

Das Gesetz soll den erkennbaren Mängeln entgegentreten, in rechtlich und tatsächlich bedingte Lücken treten, wenn die Bedeutung der Tat ein Handeln rechtfertigt[29].

Der allgemeine Zweck wurde ursprünglich als Richtlinie für die Auslegung in den Text aufgenommen. Die Expertenkommission entschloss sich später, den Zweckartikel als überflüssig zu streichen[30], ohne dass damit die gesetzespolitischen Absichten geändert worden wären[31].

Das Gesetz soll – wie Art. 37 StrGB gebietet – die Wiedereingliederung des Rechtsbrechers in die Gesellschaft fördern. Das drückt sich nicht nur darin aus, dass es die neuen Formen der internationalen Zusammenarbeit regelt; dasselbe belegen Art. 16, 32 al. 1 und 33 al. 1 wörtlich, indem sie – auf einen Nenner gebracht – bestimmen, es sei im Einzelfall diejenige Art der Kooperation anzustreben, die die beste soziale Wiedereingliederung des Täters erwarten lässt. Auslieferung und Kompetenzverteilung erscheinen als gleichwertige Institute, insoweit diese nicht von vornherein auf den Bereich beschränkt wird, wo jene wegen der geringen Bedeutung der Tat nicht geübt werden soll[32].

Aus Gründen der Prozessökonomie und der Resozialisierung soll die Bildung von Gesamtstrafen gefördert werden, die bis heute nicht möglich ist, wenn der Täter gleichzeitig der Gerichtsbarkeit mehrerer Staaten für verschiedene Taten untersteht, aber keiner von ihnen zuständig ist, über alle Handlungen zu urteilen[33]. Diesem Prinzip konnten nach dem Entwurf der Expertenkommission ausnahmsweise einschränkende Grundsätze der internationalen Zusammenarbeit geopfert werden[34].

b) Die Entstehungsgeschichte von Art. 82 IRSG

aa) Der VE PA

Die Expertenkommission hatte folgenden Vorschlag der PA zu beraten (auszugsweise):

[29] B 4f, BBl *1976* II 444f.
[30] Prot. 206.
[31] B 5.
[32] Die Auslieferung bleibt insofern die Regel, als sie nur ausgeschlossen ist, wenn die besseren Resozialisierungsmöglichkeiten nachgewiesen sein müssen. Vgl. auch § 2 II 3 c.
[33] B 6, 65f, BBl *1976* II 467.
[34] Art. 5 lit. a EExKo: «Ausnahmsweise kann einem Ersuchen entsprochen werden, wenn ... die Durchführung des Verfahrens der Entlastung eines Verfolgten dienen kann.»

1 Gegen einen Ausländer kann wegen einer im Ausland begangenen Zuwiderhandlung die schweizerische Strafgewalt stellvertretend für einen andern Staat ausgeübt werden, wenn

a) der Tatortstaat ein entsprechendes Ersuchen stellt und

b) aa) die Auslieferung unzulässig wäre und der Verfolgte sich der Strafgewalt des andern Staats nicht unterziehen will oder

bb) die persönlichen Verhältnisse des Verfolgten und die Aussichten für seine soziale Wiedereingliederung die Auslieferung als unzweckmässig erscheinen lassen oder

cc) der Verfolgte sich in der Schweiz wegen anderer Straftaten in Untersuchungs- oder Strafhaft befindet und die Auslieferung, obwohl sie zulässig wäre, in ihren Auswirkungen einer schwereren Bestrafung gleichkäme, als sie bei der Beurteilung in der Schweiz zu erwarten wäre;

c) ...

2 ...

3 Wird ein Schweizerbürger im Ausland einer der schweizerischen Gerichtsbarkeit nicht unterworfenen strafbaren Handlung beschuldigt, für die er im Falle ihrer Begehung in der Schweiz bestraft werden könnte, so kann auf Ersuchen des Tatortstaats die Strafverfolgung wegen dieser Tat im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen dieses Gesetzes übernommen werden, wenn der Verfolgte sich in der Schweiz aufhält (und er sich hier wegen anderer Straftaten zu verantworten hat).

bb) Die Beratungen in der Expertenkommission

Weil im Strassenverkehrsrecht ohnehin eine Sonderbestimmung zur Verfügung stehe und es sich nicht lohne, Art. 50, 1 lit. b aa aufrechtzuerhalten, um die seltenen Fälle zu erfassen, in denen die Auslieferung wegen der Eigenart des Verfahrens im Ausland abgelehnt werden muss (nun Art. 2)[35], beschloss die Kommission, den Buchstaben aa zu streichen[36].

Damit schuf sie einen Zustand, der die stellvertretende Verfolgung der durch Ausländer begangenen Nichtauslieferungsdelikte – vorbehältlich Art. 101 SVG (der revidierte Art. 372 II StrGB war damals noch nicht in Kraft) – ausschloss. Art. 50, 1 lit. b bb und cc bezogen sich nur noch auf die zulässige Auslieferung; das erkannten die Experten[37].

Die Beratungen von Art. 50, 1 lit. b bb und cc sollten zu einer Formulierung führen, welche in einem Obersatz ausdrückte, die Auslieferung sei zwar zulässig, aber nicht zweckmässig (gerechtfertigt[38]), weil die persönlichen Verhältnisse des Verfolgten und die Aussichten für seine soziale Wiedereingliede-

[35] Sie übersah, den nachmaligen Art. 33 al. 2 IRSG auf dieselbe Ebene zu stellen, der erst vom BR mit Rücksicht auf die MRK als zwingender Ausschlussgrund formuliert wurde (vgl. EExKo 27 lit. b).

[36] Prot. 826–829.

[37] Prot. 832

[38] Prot. 833 a. E.

rung dagegen sprechen oder weil dieser sich in der Schweiz wegen anderer Straftaten in Untersuchung oder Strafhaft befinde (prozessökonomische Gründe)[39]. Daraufhin beschloss die Kommission folgende Fassung[40]:

Gegen einen Ausländer kann wegen einer im Ausland begangenen Widerhandlung die schweizerische Strafgewalt stellvertretend für den Tatortstaat auf dessen Ersuchen ausgeübt werden, wenn eine Auslieferung nicht gerechtfertigt erscheint

a) wegen der persönlichen Verhältnisse des Verfolgten und der Aussichten für seine soziale Wiedereingliederung oder
b) weil sich der Verfolgte in der Schweiz aufhält und sich hier wegen anderer schwerer wiegender Straftaten zu verantworten hat.

Offenbar wegen des Klangs (... eine Auslieferung nicht gerechtfertigt erscheint wegen ... oder weil ...) nahm die Kommission irrtümlicherweise an, lit. b ermögliche wieder die akzessorische Übernahme der Verfolgung von Nichtauslieferungsdelikten[41]. Dafür spricht, dass sie den ursprünglich fallengelassenen Klammerinhalt von VE PA 50, 3 a. E. («und sich hier wegen anderer Straftaten zu verantworten hat») wieder in ihren Entwurf aufnahm, um die vermeintliche Schlechterstellung des Schweizers zu beseitigen[42].

Möglicherweise erkannte die Expertenkommission ihren Irrtum. Denn im Verlauf der zweiten Lesung beschloss sie, aus im Protokoll nicht ersichtlichen Gründen, den Text zu ergänzen[43]:

«... (wenn seine Auslieferung) nicht zulässig ist oder wenn sie nicht (gerechtfertigt erscheint)...».

Zwar liess sie damit die Übernahme für Nichtauslieferungsdelikte wieder zu – etwas, das der vorherige Text entgegen ihrer ursprünglichen irrtümlichen Annahme nicht tat –, aber ungewollt (?) in einer Weise, die die Akzessorietät nicht mehr betonte.

Diese wollte sie aber offensichtlich nicht beseitigen, sonst hätte sie dem Antrag entsprochen, die Beschränkung bezüglich der stellvertretenden Strafverfolgung von Nichtauslieferungsdelikten, die ein Schweizer begangen hat, fallenzulassen «... und sich hier wegen anderer Taten zu verantworten hat ...»[44]. Denn es ist nicht anzunehmen, sie habe den Ausländer plötzlich schlechter stellen und ihn der schweizerischen Strafgewalt für Nichtauslieferungsdelikte selbst dann unterwerfen wollen, wenn hierzulande kein Strafverfahren hängig ist[44a].

[39] Prot. 833.
[40] Prot. 834.
[41] Prot. 834.
[42] Prot. 839.
[43] Prot. 1405.
[44] Prot. 1406.
[44a] Nach Mitteilung von Dr. C. Markees, Mitglied der ExKo als Sachbearbeiter der PA, erging die in Prot. 1405 festgehaltene Ergänzung nicht diskussionslos. Ab der 2. Lesung sei jedoch das Protokoll leider weitgehend nur noch als Beschlussprotokoll geführt worden, dieses somit für die historische Interpretation unbrauchbar.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Kommission nach dem protokollierten Ergebnis der Beratungen einmal ermöglichen wollte, die Verfolgung von Nichtauslieferungsdelikten, ungeachtet der Staatsangehörigkeit des Täters, zu übernehmen, wenn hier ein Verfahren für schwerer wiegende Taten geführt werden muss, und dass sie zum andern beabsichtigte, die Übernahme der Strafverfolgung für Auslieferungsdelikte zuzulassen, wenn diese im Interesse der Wiedereingliederung oder aus prozessökonomischen Gründen (Gesamtstrafe) geboten erscheint[45].

2. Die Rechtfertigung im Einzelfall und das materiellrechtliche Verhältnis zur Auslieferung

a) Die nicht zulässige Auslieferung (Art. 82 al. 1 IRSG)

aa) Nichtauslieferungsdelikte

Die Schweiz kann die Verfolgung eines Ausländers und eines eigenen Staatsangehörigen übernehmen für ein im Ausland begangenes Nichtauslieferungsdelikt, wenn der Angeschuldigte sich hierzulande anderer, schwerer wiegender Taten wegen zu verantworten hat.

Ob ein Auslieferungsdelikt vorliegt, entscheidet sich nach dem Rechtshilfegesetz[46]. Dieses fordert in Art. 31 al. 1 lit. a wie Art. 2 I AuslK eine Tat, die sowohl nach dem Recht des ersuchenden wie demjenigen des ersuchten Staats mit einer freiheitsbeschränkenden Sanktion im Höchstmass von mindestens einem Jahr oder darüber bedroht ist. Wird die Schweiz ersucht, die Verfolgung eines solchen Vergehens oder Verbrechens zu übernehmen, geschieht dies, wenn ein Schweizer Täter ist, grundsätzlich nach Art. 6 StrGB, wenn er Ausländer ist, nach Art. 82 al. 2, soweit nicht eine unabhängige Gerichtsbarkeit der Schweiz, vor allem Art. 5 StrGB, besteht.

Die PA hat nach abstrakten Kriterien (Vergleich der Strafandrohungen, quantitatives Übergewicht der in der Schweiz begangenen Taten) zu entscheiden, ob die im Inland zu verfolgenden Rechtsbrüche schwerer sind als diejenigen, die zur Verfolgung übernommen werden sollen. Dass sie den Einzelfall eingehend würdige – etwa unter dem Gesichtspunkt von Art. 63 StrGB –, ist nicht durchführbar, auch nicht erwünscht.

Was bedeutet das Erfordernis, der Verfolgte müsse sich hierzulande wegen

[45] B 67 weicht von diesem Ergebnis ab, stimmt aber nicht mit den Beschlüssen zu Art. 76 EExKo (Prot. 834 und 1405) überein!

[46] BGE 79 IV 50; SCHULTZ, Jahrbuch 1963, 197, SCHWANDER, Lehrbuch 37.

einer Straftat verantworten? Der VE PA hatte ursprünglich – allerdings im Zusammenhang mit der zulässigen Auslieferung – davon gesprochen, der Angeschuldigte müsse sich in der Schweiz in Untersuchungs- oder Strafhaft befinden (Art. 50, 1 lit. b cc). Bevor die Fassung der PA in der Formel aufging, die sich nun im Gesetz findet, wurde der Ausdruck «Untersuchungshaft» durch «Untersuchung» ersetzt[47]. Die Strafhaft wurde aus dem Gesetz ausgeschlossen, ohne dass das Protokoll eine Begründung erkennen lässt[48]. Der Bericht und die Botschaft erwähnen kommentarlos, in der Schweiz müsse ein *Strafverfahren* geführt werden[49]. Beide weisen der Auslegung die zutreffende Richtung, obwohl ohne weiteres argumentiert werden kann, die Vollstreckung einer Sanktion geschehe auch in einem Strafverfahren im weiteren Sinn des Wortes. Dass nur das Erkenntnis- und Entscheidungsverfahren gemeint sein kann, folgt aus der ratio legis: Die Übernahme vor allem geringfügiger Straftaten ist nur gerechtfertigt, wenn sie zu einer Gesamtstrafe beiträgt. Das kann sie, wenn ein Strafverfahren mit Sicherheit bevorsteht, noch nicht rechtskräftig abgeschlossen oder die Ausfällung einer Zusatzstrafe möglich ist[50].

Art. 82 al. 1 bestimmt abschliessend die Voraussetzungen, unter welchen ein Ausländer oder Schweizer – vorbehältlich Art. 101 SVG und Art. 372 StrGB – in einem inländischen Strafverfahren für ein Nichtauslieferungsdelikt ausservertraglich stellvertretend verfolgt werden kann.

Es ist nicht gestattet, ein Verfahren gegen einen Ausländer gestützt auf die Kriterien in Art. 82 al. 2 für eine solche Tat zu übernehmen und zu führen. Einmal verbietet dies die Entstehungsgeschichte[51], zum zweiten die Tatsache, dass der Ausländer schlechter als der Inländer behandelt würde. Entscheidend sind jedoch die vom Legalitätsprinzip diktierten Bedenken: Die selbständige Verfolgung eines Ausländers in der Schweiz für ein Nichtauslieferungsdelikt gestützt auf Art. 82 al. 2 kann nicht damit gerechtfertigt werden, sie sei unter denselben Voraussetzungen für eine schwerere Tat möglich. Der Schluss a maiore minus ist deshalb trügerisch und verfehlt, weil Art. 82 al. 2 die Zulässigkeit der Auslieferung voraussetzt, die, falls die Übernahme der Strafverfolgung abgelehnt, auf Ersuchen des Tatortstaates durchgeführt wird und den Täter dort einer Strafverfolgung aussetzt. Im andern Fall bleibt der Ausländer in der Schweiz – vorbehältlich fremdenpolizeilicher Massnahmen, eventuell der Vollstreckung eines im Ausland gegen ihn gefällten Kontumazialurteils[51a] – unbehelligt.

[47] Prot. 833 a. E.
[48] Prot. 833 f.
[49] B 67, BBl *1976* II 467.
[50] Art. 68 Zif. 2 StrGB; vgl. Prot. 855, 965.
[51] § 7 II 1 b.
[51a] § 7 II 4.

bb) Weitere Fälle nicht zulässiger Auslieferungen

Wenn Art. 2 und Art. 33 al. 2 erfüllt sind, muss das ausländische Auslieferungsbegehren abgelehnt werden; die Auslieferung ist nicht zulässig.

Da sowohl Art. 2 als auch Art. 33 al. 2 nur Verhältnisse im Ausland im Auge haben, dieser die Art der Strafe, jener das Verfahren, bleibt die Kompetenzverteilung, die im Inland ein Verfahren bewirkt, möglich. Diese Ausschlussgründe könne als relative bezeichnet und als solche auf dieselbe Ebene gestellt werden wie das im IRSG ins Wanken geratene Verbot der Auslieferung eigener Staatsangehöriger[52]. Nach der Parömie «dedere aut punire» sollte das Inland in die Lücke treten und die Strafverfolgung übernehmen[53].

Dies ist in der vorliegenden Fassung des Gesetzes schwerlich möglich wegen der geforderten Akzessorietät. Wenn die Auslieferung gestützt auf Art. 33 al. 2 abgelehnt werden muss, sollte die unter die unabhängige schweizerische Zuständigkeit fallende Tat als schwerere gewürdigt werden können als diejenige, die im Ausland begangen wurde. Vorbehalten bleibt die Anwendung von Art. 82 al. 2, wenn dessen – noch engere – Voraussetzungen erfüllt sind.

Art. 2 und 33 al. 2 schaffen mit Bezug auf Schweizer Bürger nicht Fälle unzulässiger Auslieferungen, die unter dem Gesichtspunkt von Art. 6 Zif. 1 StrGB zu würdigen wären. Es ist deshalb nicht zu befürchten, die oben festgestellten Mängel wirkten sich hier aus. Zwar hat der Richter, wenn er die Voraussetzungen von Art. 6 StrGB überprüft, nicht nur zu untersuchen, ob die dem Schweizer vorgeworfene Tat Auslieferungsdelikt sei[54]. Relative Ablehnungsgründe der Auslieferung sind für ihn trotzdem nicht beachtlich, da sie nur der Strafverfolgung im Ausland, nicht der in der Schweiz entgegenstehen. Es wäre in der Tat stossend, wenn der von einem Inländer im Ausland begangene, dort mit der Kapitalstrafe bedrohte Mord hierzulande nur verfolgbar wäre, wenn der Tatortstaat erklärte, für den Fall, dass der Täter an ihn ausgeliefert worden wäre, hätte er die Todesstrafe nicht verhängen bzw. vollstrecken lassen!

b) Die zulässige, aber nicht gerechtfertigte Auslieferung (Art. 82 al. 2 IRSG)

aa) Die Resozialisierung des Rechtsbrechers

Damit eine im Ausland begangene, nicht unter die unabhängige schweizerische Gerichtsbarkeit der Schweiz fallende Tat eines Ausländers[55], für die ausgeliefert werden könnte, im Inland verfolgt werden kann, wird verlangt, dass der Angeschuldigte hier seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat und die Über-

[52] Art. 5 IRSG.
[53] § 2 I 2 a.
[54] § 7 Anm. 46.
[55] Pro memoria: Der Schweizer untersteht Art. 6 StrGB.

nahme mit Rücksicht auf seine persönlichen Verhältnisse und seine Resozialisierung angezeigt ist (Art. 82 al. 2).

Der Rechtsentwicklung im europäischen Raum folgend, stellt das Gesetz nicht auf den zivilrechtlichen Wohnsitz ab, fragt nicht nach dem fremdenpolizeilichen Status, sondern bedient sich des nunmehr in internationalen Konventionen vorwiegend verwendeten Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts.

Wenn zu beurteilen ist, ob ein Täter seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, werden die bereits erwähnte Entschliessung des Ministerkomitees des Europarats vom 18. Januar 1972 und der veröffentlichte Motivenbericht[56] wertvollste Dienste leisten. Dazu sei nur folgendes bemerkt:

Der Aufenthalt knüpft am tatsächlichen Verweilen einer Person an einem bestimmten Ort an, das von einer gewissen Kontinuität und der Begründung von Beziehungen zu andern Personen sowie privaten und öffentlichen Einrichtungen geprägt ist. Nach der Intensität der Beziehungen und der Dauer des Aufenthalts ist zu entscheiden, ob dieser der gewöhnliche sei. Der Begriff orientiert sich überwiegend an objektiven Kriterien, anders als der des zivilrechtlichen Wohnsitzes, der die Absicht des dauernden Verweilens als zentral annimmt.

Das Gesetz verlangt nicht, dass der gewöhnliche Aufenthalt des Angeschuldigten schon zur Tatzeit bestehen musste; es genügt, wenn er im Zeitpunkt des Übernahmeentscheides gegeben ist[57]. In einem solchen Fall müssen qualitativ hochwertige Beziehungen zum schweizerischen Aufenthaltsort feststellbar sein, damit dem gesetzlichen Merkmal Genüge getan ist.

Die persönlichen Verhältnisse, die Art. 82 al. 2 weiter voraussetzt, sind keine andern als die, welche der Strafrichter nach Art. 63 StrGB abzuklären hat[58]: Zu würdigen sind der Wohn- und Arbeitsort des Täters, der Aufenthalt seiner Familie, seiner nächsten Angehörigen, seine Vermögens- und Besitzverhältnisse, seine Beziehungen, kurz alles Umstände, die für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts erheblich sind. Allerdings muss bemerkt werden, dass sich die Übernahmebehörde mit einer summarischen Überprüfung begnügen sollte, denn ein arbeitsmässig zu umfangreiches Verfahren braucht Zeit, die hinwiederum dem Postulat der schnellen Verbrechensverfolgung entgegensteht.

Verweisen die persönlichen Verhältnisse und der Aufenthalt des Täters auf eine Lebensgrundlage im Inland, erscheinen die Resozialisierungsaussichten günstig, wenn zudem angenommen werden darf, der Angeschuldigte lasse sich nach seinen Anlagen und seinem Charakter in gutem Sinn beeinflussen.

[56] § 2 Anm. 49.

[57] Analog zu der von SCHULTZ, Neue Entwicklungen 317, und MARKEES, ZStrR 77 (1961) 47, vertretenen Meinung, dass der von Art. 101 SVG geforderte Wohnort zur Zeit der Übernahme gegeben sein müsse.

[58] Zum Begriff: SCHULTZ, Einführung II 62f.

Der Bericht der Expertenkommission und die bundesrätliche Botschaft gehen da eindeutig zu wenig weit, wenn sie – ohne dass das Gesetz es verlangte – davon ausgehen, die Übernahme der Strafverfolgung sei nur indiziert, wenn eine Freiheitsstrafe mit bedingtem Aufschub des Vollzugs oder eine Geldstrafe zu erwarten sei[59]. Diese dem Ausgang des Strafverfahrens vorweggenommene Würdigung steht der PA nicht zu; das Verfahren kann auch mit einem Freispruch enden. Dazu kommt, dass mit dem Vollzug von Sanktionen der Täter ebenfalls gebessert werden soll. Zu denken sind an gewisse Modalitäten der Strafverbüssung wie die Halbgefangenschaft, die Beschäftigung ausserhalb der Anstalt, die bedingte Entlassung, die Massnahmen gegenüber Tätern im Übergangsalter, Es ist nicht einzusehen, weshalb ein Ausländer mit Lebensgrundlage im Inland nur deshalb ausgeliefert werden soll, weil ihn im Ausland eine unbedingte Freiheitsstrafe erwartet, während er mit dem Inlandsvollzug rechnen kann, wenn er die gleiche Tat in der Schweiz begeht.

Das allein entscheidende Kriterium darf nicht sein, ob verhindert werden könne, dass der Täter wegen des Strafverfahrens aus der gewohnten Umgebung gerissen wird, sondern es soll mitberücksichtigt werden, wo ein allfälliger Strafvollzug am besten geübt wird[60].

Wenn die persönlichen Verhältnisse, der Aufenthalt und die Resozialisierungsaussichten auf die Schweiz verweisen, verdient die Übernahme der Strafverfolgung gegenüber der Auslieferung Vorrang, wenn nicht die besondern Nachteile des Instituts ein Verfahren im Ausland nahelegen[61].

In diesem Verhältnis standen die Übernahme der Strafverfolgung und die Auslieferung im VE PA (Art. 50, 1 b bb[62]) und im EExKo (Art. 76, 1 a). Das belegen der Text und die Entstehung[63]. Der bundesrätliche Entwurf stellt indessen die Nichtrechtfertigung der Auslieferung neben die genannten Erfordernisse. Das könnte bedeuten, dass die stellvertretende Strafverfolgung zur stets subsidiären Form der internationalen Zusammenarbeit herabgemindert

[59] B 67, aber 96 (!), BBl *1976* II 467.

[60] Zutreffend ist, dass die Prognose darüber, ob eine allfällig zu verhängende Sanktion bedingt aufgeschoben oder unbedingt vollzogen wird, je nach dem, wie sie ausfällt, zur Verbindung der Kompetenzverteilung mit der Auslieferung führen kann. Oben § 2 II 3 und 4.

[61] Die Botschaft fordert zusätzlich die Akzessorietät: BBl *1976* II 467. Damit träte Art. 82 al. 2 nur anstelle von lit. a in Absatz 1! Das lässt sich mit den Beschlüssen der Expertenkommission nicht vereinbaren, noch viel weniger damit, dass das Gesetz in Art. 84 vorsieht, einen Gerichtsstand selbständig zu begründen! Die mögliche Privilegierung desjenigen Täters, der im Ausland und auf dem Gebiet der Schweiz gleichzeitig delinquiert hat, gegenüber dem andern, der nur im Ausland, vielleicht einmalig und erstmalig straffällig geworden ist, wäre unerträglich. Das «Pech», nicht gleichzeitig in der Schweiz in Untersuchung zu stehen, darf nicht dazu führen, ausgeliefert zu werden. Die Übernahme der Strafverfolgung für Ausländer selbständig zuzulassen, führt nur zu einer bedingten Gleichstellung mit dem Schweizer im Einzelfall, da dieser generell und abstrakt Art. 6 StrGB untersteht.

[62] Vgl. auch Prot. 833 f.

[63] § 7 II 1 b.

worden ist, indem ihre Rechtfertigung allein dann erfüllt wäre, wenn die Auslieferung angesichts der Bedeutung der Tat unverhältnismässig ist[64]. Es kann aber auch heissen, dass die PA die Bedeutung der Tat, die Möglichkeit ihrer Verfolgung und die übrigen Verhältnisse am Tatort bei ihrem Entscheid mitzuberücksichtigen hat. Diese Lösung ist entschieden zu befürworten; sie entspricht den Zielen des Gesetzes[65], der Entstehungsgeschichte von Art. 82 al. 2[66] und dem Wortlaut von Art. 33 al. 1.

bb) Der Einfluss eines gleichzeitigen inländischen Strafverfahrens

Die schon mehrfach zitierte Entstehungsgeschichte von Art. 82 erlaubt es, diesen derart auszulegen, dass der Ausländer in der Schweiz auch verfolgt werden kann, wenn seine Auslieferung deshalb nicht gerechtfertigt ist, weil sich die auslieferungsfähige Tat im Rahmen eines inländischen Strafverfahrens von erheblicher Tragweite verfolgen lässt[67].

Wenn Inlands- und Auslandsdelikte desselben Täters unter der ausschliesslichen Gerichtsbarkeit verschiedener Staaten stehen, wird die PA zu prüfen haben, ob nicht die Auslieferung des Täters und die Übertragung der Strafverfolgung an das Ausland möglich sind, weil die Aussichten für die Wiedereingliederung – ungeachtet der Schwere der Taten – dort besser sind (Art. 32 al. 1 und Art. 85 lit. b)[68].

3. Das materiellrechtliche Verhältnis zur Übernahme der Vollstreckung

Der Gesetzgeber hat mit Recht darauf verzichtet, das Verhältnis zwischen der Übernahme der Strafverfolgung und der Übernahme der Vollstreckung ausdrücklich zu regeln. Dieses ist durch die Praxis zu beurteilen.

Die Übernahme der Vollstreckung ist in einem weitern Umfang möglich als die der Verfolgung (Art. 91)[69]. Die in § 2 II 4 angestellten Überlegungen, welche davon ausgehen, dass der Anwendungsbereich der einzelnen Formen der Kompetenzverteilung übereinstimmt, sind, wenn sie auf das IRSG übertragen werden, insoweit zu relativieren, als der gesetzliche Ausschluss der Übernahme der Strafverfolgung in bestimmten Fällen keine Wahl lässt.

[64] § 2 II 3 b.
[65] § 7 II 1 a.
[66] § 7 II 1 b.
[67] Nach der Botschaft (§ 7 Anm. 61) wäre das nur möglich, wenn gleichzeitig die besondern Voraussetzungen von Art. 82 al. 2 erfüllt sind. Wenn diese fehlen und keine Auslieferung stattfindet, könnte wiederum keine Gesamtstrafe ausgefällt werden, obschon das Gesetz dies ausdrücklich anstrebt!
[68] B 96.
[69] Art. 91 verlangt entweder den gewöhnlichen Aufenthalt oder die Akzessorietät und verfügt keine Einschränkung gegenüber Nichtauslieferungsdelikten. Bussenentscheide werden sogar vollstreckt, wenn der Verurteilte keinen Aufenthalt in der Schweiz, sondern nur Vermögen hat.

4. Würdigung der gesetzlichen Lösung

Die im IRSG verfolgte Absicht, die Übernahme der Strafverfolgung im Gegensatz zu den Abkommen des Europarats nicht für alle Straftaten und immer dann zuzulassen, wenn im Inland aus Gründen der Resozialisierung und der Prozessökonomie ein Interesse an der Strafverfolgung erkennbar ist[70], ist nicht ungerechtfertigt: Ein Landesgesetz richtet sich an unbestimmt viele Staaten, während der Kreis der möglichen Signatarstaaten einer von einer internationalen Organisation geschaffenen Konvention innerhalb gewisser Grenzen voraussehbar ist.

Die schweizerische Lösung ist jedoch inkonsequent:

Einerseits lässt sie die Übernahme der Strafverfolgung für Nichtauslieferungsdelikte akzessorisch zu, andererseits begünstigt sie die Übernahme der Vollstreckung fremder, für solche Straftaten verhängter Urteile, wenn eine der KiGStr ähnliche Anknüpfung in der Schweiz gegeben ist. In beiden Fällen gewährt sie der Verwaltung, der PA, Rechtsfolgeermessen. Ob eine Person in der Schweiz für ein Nichtauslieferungsdelikt stellvertretend verfolgt wird, liegt im Ermessen der PA. Das hängt vielleicht von Zufälligkeiten wie der Beweislage ab. Eine Alternative zur Ablehnung des Übernahmebegehrens gibt es nicht. Es sei denn, die Schweiz biete zum voraus an, das fremde Kontumazialurteil zu vollstrecken, was ebensowenig befriedigt, nach der KiGStr sogar ein der stellvertretenden Strafverfolgung ähnliches Überprüfungsverfahren bringen kann[71].

Auch das Merkmal der Akzessorietät, das für Nichtauslieferungsdelikte gilt, bringt eine aleatorische Komponente: Der im Inland wegen einer schwerwiegenden Tat verfolgte Angeschuldigte kann zu Unrecht verdächtigt und muss aus einem tatsächlichen oder einem rechtlichen Grund, der nicht immer voraussehbar ist, freigesprochen werden. Trotzdem bleibt er für die zur Verfolgung übernommene Tat belangbar[72].

Es wäre deshalb zu begrüssen, wenn die Kompetenzverteilung für Nichtauslieferungsdelikte entweder schlechthin ausgeschlossen oder uneingeschränkt, ohne Ermessensausübung im Einzelfall, zugelassen würde. Jede zwischen diesen Extremen liegende Lösung ist unbefriedigend.

[70] Vgl. § 2 I 2 b.

[71] Vgl. Art. 21 ff KiGStr. Die schweizerische Lösung überlässt den Entscheid, ob vollstreckt werde oder nicht, dem Richter, der den Verurteilten ohnehin anhören muss. Wieso sollte er nicht sogleich die Verfolgung eines einfachen Nichtauslieferungsdelikts anhandnehmen können? Zum Kontumazialurteil: BBl *1976* II 472 f.

[72] Fällt der Grund des Strafverfahrens weg, so wird dies kaum als wesentliche Veränderung der Verhältnisse gewertet werden können, die vom stillschweigenden Widerrufsvorbehalt der schweizerischen Übernahmeerklärung erfasst wird, denn ein Verfahren musste geführt werden bis zur Feststellung, dass der Täter nicht strafbar ist (vgl. § 3 III 1 b bb).

1. Die beidseitige Strafbarkeit und die Berücksichtigung der Prozessvoraussetzungen

Was die beidseitige Strafbarkeit und die differenzierte Berücksichtigung der Prozessvoraussetzungen im allgemeinen angeht, kann auf § 2 II 2 b und c verwiesen werden.

Die beidseitige Strafbarkeit ist aus Art. 83 al. 2 zu gewinnen. Die Strafverfolgungsvoraussetzungen sind vorbehältlich der besonderen Bestimmungen über den Strafantrag nicht ausdrücklich erwähnt. Als Regel gilt auch hier: Im Inland kann nicht verfolgbar sein, der es am Tatort nicht (mehr) wäre[73].

Die beidseitige Strafbarkeit und die Strafverfolgungsvoraussetzungen nach dem Recht des ersuchenden Staats sind im Übernahmeverfahren vorfrageweise zu prüfen[74].

2. Die Verfolgungsverjährung[75]

Die Strafverfolgung kann nur übernommen und durchgeführt werden, wenn sie nach dem Recht des ersuchenden wie des ersuchten Staates nicht verjährt ist.

Da die Verjährung nach herrschender schweizerischen Auffassung ein materiellrechtliches Institut ist[76], geht Art. 83 al. 1 (ebenso Art. 92 al. 1 lit. b) als speziellere Norm den Art. 4 lit. c und 8 al. 1 lit. a vor. Somit ist die ordentliche Verjährung nach schweizerischem Recht zu berücksichtigen[77] und selbständig nach Art. 72 StrGB zu prüfen, ob die ausländischen Verfolgungshandlungen, die nach Art. 89 wie schweizerische zu würdigen sind, die Verjährung unterbrochen haben[78].

Was das Recht des ersuchenden Staats betrifft, ist die allfällige Wirkung des Ersuchens bzw. der zwischenstaatlichen Vereinbarung mitzuberücksichtigen[79].

[73] § 2 II 2 c aa.

[74] Das besagt nicht, dass sie im Beschwerdeverfahren nicht überprüft werden können; vgl. § 9 III 3.

[75] Wenn ausnahmsweise die Strafverfolgung übernommen wird, obwohl ein rechtskräftiges, noch nicht vollstrecktes Urteil vorliegt, gelten die Überlegungen zur Verfolgungsverjährung auch sinngemäss zur Vollstreckungsverjährung. Der Lauf der schweizerischen Verfolgungsverjährung endet mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils. Die Analogie zu Art. 92 al. 1 lit. a IRSG legt nahe, hier nur die absolute Verjährung zu berücksichtigen.

[76] Schultz, Neue Entwicklungen 322 Anm. 39 mit Nachweisen, Einführung I 207.

[77] Gl. M. B 27.

[78] Gl. M. BBl *1976* II 470. Anders Art. 26 II KÜStrV, gegen den nur ein Vorbehalt möglich ist, wenn eine konkurrierende unabhängige Zuständigkeit besteht (Anh. I lit. f).

[79] Vgl. z. B. Art. 22 KÜStrV. Nach Art. 23 KÜStrV bringt sogar die Stellung eines Ersuchens eine Verlängerung der Verjährungsfrist im ersuchten Staat um sechs Monate. Beide Bestimmungen sind Gegenstand eines möglichen Vorbehalts (Anh. I lit. c und d).

3. Der Strafantrag

Der nur nach dem Recht des ersuchenden Staates notwendige Strafantrag muss frist- und formgerecht gestellt worden sein[80]. Fordert ihn auch das schweizerische Recht, ist diesem Genüge getan, wenn er im ersuchenden Staat gültig erklärt wurde, selbst wenn dort eine längere Frist und weniger strenge Formvorschriften gelten (Art. 8 al. 1 lit. b). Weil der Antrag nach schweizerischer Lehre prozessualer Natur ist[80a], geht Art. 83 al. 1 dem Art. 8 al. 1 lit. b nicht vor.

Würde diese Theorie folgerichtig angewendet, wäre der nur vom schweizerischen Recht geforderte Antrag unbeachtlich; das Gesetz lässt jedoch den Einspruch des Verletzten gegen das Verfahren im Inland zu (Art. 8 al. 2)[81].

IV. Weitere Voraussetzungen

1. Die Anerkennung der in der Schweiz bewirkten materiellrechtlichen Erledigung der Strafsache durch den ersuchenden Staat (Art. 82 al. 1 lit. c).

Aus den bereits dargestellten allgemeinen Lehren folgt, dass die zwischenstaatliche Vereinbarung den ersuchenden Staat verpflichtet, die materiellrechtliche Erledigung der schweizerischen Strafverfolgung anzuerkennen[82].

Diese Wirkung ist bis heute nicht als selbstverständlich betrachtet worden[83]. Es ist daher zu begrüssen, dass – dem Vorbild von Art. 2 al. 2 AuslG folgend – das Gesetz die PA ausdrücklich anweist, vor Annahme des Ersuchens zu klären, ob die in der Schweiz bewirkte materiellrechtliche Erledigung der Strafsache im ersuchenden Staat anerkannt wird.

2. Wichtige Gründe (Art. 88 al. 4)

Weil das IRSG auf den unbestimmten Gesetzesbegriff der wichtigen Gründe verweist, welche die Abweisung eines Ersuchens rechtfertigen können, ist die PA befugt, praeter legem weitere Voraussetzungen und Hindernisse der Übernahme der Strafverfolgung zu berücksichtigen.

Folgende Anwendungsfälle sind z. B. denkbar:

[80] § 2 II 2 b bb ccc.
[80a] § 7 Anm. 76; SCHULTZ, Einführung I 156.
[81] Vgl. Art. 24 II KÜStrV.
[82] § 3 IV 1 a.
[83] Vgl. immerhin Art. 21 I KÜStrV und Art. 5 I SVK.

- Die PA muss die Übernahme ablehnen, wenn im Verfahren der stellvertretenden Strafverfolgung Beweise zu berücksichtigen sind, die nur erhoben und gewürdigt werden könnten, wenn vom Prinzip der Unmittelbarkeit in rechtswidriger Weise abgewichen würde[84].
- Unter den Voraussetzungen von Art. 82 sind vorbehältlich von Art. 3 alle Straftaten der Übernahme der Strafverfolgung zugänglich, auch die sogenannten Ordnungswidrigkeiten[85].
  Die Zusammenarbeit kann jedoch abgelehnt werden, wenn die Bedeutung der Tat sie nicht rechtfertigt[86]. Das gilt z. B. für Ehrverletzungsdelikte, vor allem wenn sie in einem Privatstrafklageverfahren zu ahnden sind[87].
- Das Interesse des von der strafbaren Handlung Geschädigten kann derart sein (insbesondere die Möglichkeit der adhäsionsweisen Zivilklage), dass es die Rechtfertigung der Übernahme der Strafverfolgung verdrängt[88].
- Das Gegenrecht muss nicht grundsätzlich zugesichert sein (Art. 6). Dennoch kann es, wenn es im Einzelfall fehlt, Anlass sein, das ausländische Begehren abzuweisen.

§ 8 Die zwischenstaatliche Vereinbarung der Übernahme der Strafverfolgung (siehe auch § 3)

I. Abschluss, Anfechtung und Auflösung

1. Abschluss

Das ausländische Ersuchen ist rechtlich ein Angebot zum Abschluss einer zwischenstaatlichen Vereinbarung auf dem Gebiet der Strafverfolgung. Es kann nach gewohnheitsrechtlicher Regel zurückgezogen werden, bis die schweizerische Annahmeerklärung im ersuchenden Staat eintrifft[1].

Ein Auslieferungsbegehren des Auslandes kann keine vertragsbegründende Kraft entfalten, wenn die Schweiz der Auslieferung die Kompetenzverteilung vorzöge. Die in Art. 33 al. 1 vorgesehene Ablehnung der Auslieferung kann vorerst dazu führen, dem Ausland die Übernahme der Strafverfolgung anzubieten. Weigert sich der Tatortstaat, dieses Gegenangebot anzunehmen, und lehnt hierauf die Schweiz die Auslieferung endgültig ab, bleibt der Täter in der Schweiz unbehelligt. Dies verdient hervorgehoben zu werden, weil die Parömie

[84] § 4 I 3 b.
[85] B 13, ebenso in bezug auf die KÜStrV RE 1972 33.
[86] Vgl. Art. 88 al. 4 IRSG.
[87] Privatstrafklageverfahren sind nach der KÜStrV ausgeschlossen (RE 1972, 49, Prot. 3/8, 5/2 und II/5). Vgl. auch B 16.
[88] Vgl. § 2 II 4 e.
[1] § 3 III 1 a.

«dedere aut punire» ursprünglich so verstanden wurde, dass die Ablehnung der Auslieferung zur Strafverfolgung verpflichte[2].

Was ist vorzukehren, wenn der PA mehrere Ersuchen vorliegen, die eine ungleiche Zusammenarbeit anstreben?

Vertraglich bestehende Auslieferungspflichten gehen vor (Art. 1 al. 1). Das bedeutet z. B., dass die Auslieferung an den Heimatsstaat des Täters, mit dem ein Vertrag besteht, prävaliert und das Begehren um Übernahme der Strafverfolgung abzuweisen ist, obwohl die materiellen Voraussetzungen erfüllt wären. Hier ist es Aufgabe der PA, den Heimatstaat zu veranlassen, sein Ersuchen zurückzuziehen.

Konkurrieren verschiedene Staaten miteinander, ohne dass die Schweiz einem von ihnen gegenüber vertraglich gebunden ist, führt Art. 36 zu einer Lösung. Als Staat, der die Übernahme der Strafverfolgung verlangen kann, kommt kein anderer als der Tatortstaat in Betracht (Art. 82 al. 1); er ist so zu behandeln, wie wenn er die Auslieferung ersucht hätte. Diese Fiktion gilt auch, wenn eine Mehrheit von Staaten teils die Auslieferung, teils die Übernahme der Strafverfolgung verlangt für mehrere vom Verfolgten begangene Taten und nach den Kriterien in Art. 36 al. 2 zu entscheiden sein wird.

2. Anfechtung und Auflösung

a) Im allgemeinen

Eine Vertragspartei ist berechtigt, die zwischenstaatliche Vereinbarung anzufechten bzw. einseitig aufzulösen, wenn sie erkennt, dass wesentliche Grundlagen ihrer vertragsbegründenden Erklärung nur scheinbar vorhanden waren, oder wenn sich die Verhältnisse derart änderten, dass die gewählte Form der Zusammenarbeit nicht mehr gerechtfertigt ist[3].

Ruft der ersuchende Staat einen solchen Tatbestand an, fällt die Vereinbarung dahin, damit die Voraussetzung, die Zuständigkeit im ersuchten Staat auszuüben. Das Strafverfahren ist durch Prozessentscheid abzuschliessen. Wenn bereits rechtskräftig geurteilt wurde, entfällt die Vollstreckbarkeit des Entscheids[4].

b) Die Ausübung der Gestaltungsrechte durch die Schweiz insbesondere

aa) Grundlagenirrtum

Damit die dem Tatortstaat notifizierte Annahmeerklärung widerrufen wer-

[2] § 3 Anm. 15 und 52.
[3] § 3 III 1 b aa und bb.
[4] § 3 Anm. 21–23 und den Hinweis in der vorangehenden Anmerkung.

den kann, muss vorgängig die materiell rechtskräftige Übernahmeverfügung revidiert werden. Dies ist möglich, wenn mit neuen Tatsachen oder Beweismitteln dargetan wird, dass sie unrichtig ist[5].

Die Revision ist durchzuführen, sei es auf Antrag der Strafverfolgungsbehörde oder des Verfolgten, sei es aufgrund eigener Feststellungen der PA, wenn die zwingenden Voraussetzungen der Übernahme sich als fehlend erweisen, namentlich wenn die Strafbarkeit nach dem schweizerischen Recht nicht bejaht werden kann, wenn Ausschlussgründe der Zusammenarbeit auftauchen oder die Rechtfertigung der Verfolgung in der Schweiz mangelt[6].

Es ist zu betonen, dass nur Tatsachen, nicht geänderte Anschauungen oder eine andere rechtliche Beurteilung für eine Revision ausreichen und dass einzig die PA, nicht ein Organ der Strafverfolgung, hiezu kompetent ist[7].

bb) Die Änderung der Verhältnisse

Falls die Verhältnisse derart ändern, dass der Entscheid, würde er jetzt gefällt, anders lauten müsste, hindert die materielle Rechtskraft der Übernahmeverfügung nicht, einen neuen Verwaltungsakt zu fällen[8]. Damit kann der zwischenstaatliche Vertrag einseitig aufgelöst werden.

Die Schweiz wird sich dieses Gestaltungsrechts z. B. bedienen, wenn der Angeschuldigte nach der Übernahme der Strafverfolgung seinen gewöhnlichen Aufenthalt ins Ausland verlegt, aus der Schweiz flüchtet oder auf fremdem Staatsgebiet schwere Rechtsbrüche begeht, die das Schwergewicht der Zuständigkeit verschieben.

Die Wahrscheinlichkeit, dass die Strafbarkeit nach schweizerischem Recht entfällt, weil eine Amnestie oder eine lex mitior in Kraft tritt, ist eher eine theoretische; denn solche Akte werden hierzulande von langer Hand vorbereitet und werden im Übernahmeverfahren bereits vorausgesehen und gewürdigt werden können. Auch der Eintritt der absoluten Verjährung ist abschätzbar, und es sollte, wenn dieser kurz bevorsteht, die Strafverfolgung nicht mehr übernommen werden.

Die Würdigung, ob eine neue Verfügung erlassen wird, steht allein der PA zu; die Strafverfolgungsbehörde und der Verfolgte besitzen ein Antragsrecht[9].

[5] Art. 66 VwG und Art. 137 OG; dazu Gygi, 2. Auflage, 119f.
Die Nichtigkeitsklage kommt wohl nur in Frage wegen Nichtgewährung des rechtlichen Gehörs, zu der auch die Verweigerung der Akteneinsicht gehört. Wenn die Neubeurteilung ergibt, dass der Entscheid zu ändern ist, liegt vertragsrechtlich ein selbstverschuldeter Irrtum vor, der erheblich sein sollte. Vgl. § 3 V 3 b.

[6] Zu berücksichtigen ist, dass unbestimmte Gesetzesbegriffe einen Beurteilungsspielraum enthalten, vor allem wenn sie sich auf zukünftige Entwicklungen beziehen. Solche Momente sind beim Entscheid nach Art. 82 miteinzubeziehen, so dass nicht jede tatsächlich bekannt werdende Veränderung die Verfügung erschüttert.

[7] Zur Zuständigkeit: § 10 I 4.

[8] Imboden/Rhinow 269ff.

[9] Vgl. den Hinweis in der obigen Anm. 7.

1. Die Zuständigkeit zur Stellung eines Ersuchens

Es steht dem schweizerischen Recht nicht zu anzuordnen, wer im Tatortstaat kompetent ist, ein Ersuchen zu stellen.

Es ist jedoch Pflicht der PA zu prüfen, ob das Ersuchen von einer Behörde des Auslandes stammt, der im allgemeinen Vertretungsbefugnisse im zwischenstaatlichen Verkehr zustehen. Es wäre weder zumutbar noch möglich, dem Organisationsrecht des ersuchenden Staates bis in die feinsten Verästelungen nachzugehen[10].

Das Gesetz geht davon aus, dass das Justizministerium des Tatortstaates, ein Exekutivorgan, befugt ist, Ersuchen zu stellen (Art. 25 al. 1).

2. Entgegennahme und Prüfung des Ersuchens

Das Gesetz delegiert die diplomatischen Vertretungsbefugnisse des BR, soweit sie sich auf die zwischenstaatliche Zusammenarbeit in Strafsachen beziehen, allgemein an die PA. An diese sind ausländische Ersuchen zu richten und – wenn sie unzuständigerorts eingehen – weiterzuleiten (Art. 23 al. 2 und 3).

Die PA tritt auf ausländische Ersuchen ein und führt ein innerstaatliches Verfahren, wenn diese den vom Gesetz in bezug auf Form und Inhalt einseitig aufgestellten, aber internationalen Gepflogenheiten entsprechenden Anforderungen genügen; formell mangelhafte Begehren sind verbesserungsfähig (Art. 24 al. 6). Dem Ersuchen sind die Strafakten und allfällige Beweisstücke beizulegen (Art. 87).

3. Die Mitteilung des Entscheides

Sobald das innerstaatliche Verwaltungsverfahren rechtskräftig abgeschlossen ist[11], notifiziert die PA dem ersuchenden Staat den Entscheid der Schweiz. Die Ablehnung ist zu begründen (Art. 23 al. 5).

[10] Vgl. BGE *101* Ia 407 E. 2.

[11] Wird gegen den Übernahmeentscheid der PA ein Rechtsmittel eingelegt, so ist dieser unter Vorbehalt des Ausgangs des Rechtsmittelverfahrens zu notifizieren.

§ 9 Bemerkungen zum innerstaatlichen Verfahren

I. Begründung und Gegenstand

Entspricht ein ausländisches Ersuchen um Übernahme der Strafverfolgung den von diesem Gesetz gestellten formellen Anforderungen, ist darüber materiell zu entscheiden[1].

Der zwischenstaatliche Vertrag könnte von der PA kraft Art. 23 al. 2[2] abgeschlossen werden, ohne dass sie die Meinungsäusserung der kantonalen oder eidgenössischen Strafverfolgungsorgane, anderer Bundesbehörden[3] und des Angeschuldigten einzuholen hat. Weil der Vertrag erhebliche innerstaatliche Konsequenzen zeitigt, ist der Entscheid, ob das Ersuchen anzunehmen sei oder nicht, zu treffen, nachdem hierüber ein parteiöffentliches Verfahren durchgeführt worden ist[4]. Auf die diesbezügliche Tätigkeit der PA ist das BG über das Verwaltungsverfahren anwendbar (Art. 1 VwG)[5].

Eine nicht unwichtige Unterscheidung ist hervorzuheben:

Gegenstand des zwischenstaatlichen Verfahrens ist das ausländische Ersuchen, das Angebot zum Abschluss des Vertrags, Objekt des innerstaatlichen Verwaltungsverfahrens, potentieller Verfügungsgegenstand, die Frage, ob das Ersuchen anzunehmen sei oder nicht[6].

II. Parteien

Nach der verunglückten Definition von Art. 6 VwG gelten im Verwaltungsverfahren als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Diese Bestimmung ist im Zusammenhang mit der Beschwerdebefugnis zu lesen und auszulegen (Art. 48 lit. a VwG. Behörden sind nicht Parteien; diese Eigenschaft steht zu der Verwaltungseinheit, die sie vertreten!)[7].

[1] § 8 II 2.

[2] Vgl. auch Art. 102 Zif. 8 BV.

[3] Art. 14 IRSG ist eine interne Kompetenzausscheidung, die das zwischenstaatliche Verhältnis nicht berührt.

[4] Gestützt auf Art. 102 Zif. 8 BV ist die Übernahme der Strafverfolgung möglich, wenn die Tat einer unabhängigen schweizerischen Gerichtsbarkeit, etwa nach Art. 3 ff StrGB, unterliegt (vgl. § 7 I 2 b). Die Strafverfolgungsbehörde und der Angeschuldigte müssen deshalb nicht angehört werden, weil die Ausübung der innerstaatlichen Kompetenz nicht von der zwischenstaatlichen Vereinbarung abhängt.

[5] Art. 9 IRSG ist hier nicht anwendbar, was deshalb bedeutsam ist, weil Abweichungen vom Verfahren nicht mit dem Hinweis auf die Unvereinbarkeit mit der Rechtshilfe begründet werden könnten. Der Vorbehalt der besondern Anforderungen der Rechtshilfe bezieht sich denn auch auf die Anwendung der kantonalen Strafprozessrechte inbezug auf die akzessorische Rechtshilfe (vgl. Prot. 1448/9).

[6] Siehe § 9 II a. E.

[7] Grundlegend: Gygi, 1. Auflage, 119.

Die Parteistellung des Angeschuldigten ist unbestritten und nicht näher zu begründen. Allfällige Zweifel, ob der zur Verfolgung zuständige Kanton bzw. die Eidgenossenschaft, vertreten durch die kompetente Strafverfolgungsbehörde, durch die Übernahmeverfügung «berührt wird und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hat», räumt das Gesetz aus, indem es die Strafverfolgungsbehörde, entsprechend der Begriffsbestimmung in Art. 6 VwG, ausdrücklich in Art. 88 al. 1 nennt.

Es wird im übrigen der Praxis überlassen, den Kreis derjenigen Personen einzugrenzen, die sich parteimässig am Verfahren beteiligen können. Zu denken ist z. B. an den durch die strafbare Handlung Verletzten bzw. an den Privatkläger, der um die Möglichkeit gebracht wird, im Strafverfahren seine Zivilansprüche zu verfolgen[8].

Wie steht es mit dem ersuchenden Staat? Wäre das Ersuchen Gegenstand des innerstaatlichen Verfahrens, müsste dieser eindeutig als Partei zugelassen werden: Er besässe die unmittelbare Herrschaft über den Verfügungsgegenstand; denn es ist sein Entscheid, ein Ersuchen zu stellen, dieses inhaltlich zu gestalten, abzuändern und zurückzuziehen. Wird als Objekt jedoch zutreffend die von der PA aufzuwerfende Frage erkannt, ob das Ersuchen anzunehmen sei oder nicht, entfällt diese Konsequenz. Der Einfluss des ersuchenden Staates ist dann bloss noch ein mittelbarer[9] und genügt nicht, die (formelle) Beschwer zu begründen, die Art. 48 lit. a VwG voraussetzt[10].

Mit diesem Ergebnis deckt sich die Meinung des Gesetzgebers[10a]: Wäre der ersuchende Staat von diesem als Partei des innerstaatlichen Verfahrens anerkannt worden, hätte er auf die Bestimmung verzichten können, nach welcher die Nichtannahme oder die Ablehnung eines Ersuchens zu begründen ist (Art. 23 al. 5). Denn die Begründungspflicht im Verwaltungsverfahren folgt aus Art. 35 VwG.

III. Grundzüge des Entscheidungs- und Rechtsmittelverfahrens

1. Die Anordnung der Übernahme durch die PA

Bevor die PA ihren Entscheid trifft, hat sie die Ansicht der zuständigen Strafverfolgungsbehörde[11] einzuholen (Art. 88 al. 1) und – soweit erforderlich – das EJPD zur verbindlichen Beurteilung von Einzelfragen anzuhalten (Art. 14).

[8] Die Frage wird eher bedeutsam, wenn die Schweiz als ersuchender Staat auftritt.
Im übrigen ist an das Einspruchsrecht des Verletzten zu erinnern, das ihm Art. 8 al. 2 IRSG einräumt. Ob es ausgeübt wird, ist im Übernahmeverfahren, nicht im Strafprozess zu klären.

[9] Der Rückzug des Ersuchens beendet nicht das Verwaltungsverfahren unmittelbar, sondern lässt dieses gegenstandslos werden.

[10] Vgl. Gygi, 1. Auflage, 112 f, 2. Auflage, 105. Vgl. auch BBl *1974* II 641.

[10a] Vgl. auch Prot. 1136 und 1148.

[11] Diese wird durch Art. 83 al. 1 i. V. m. Art. 84 IRSG bestimmt.

Den Angeschuldigten brauchte sie (noch) nicht anzuhören, da ihre Verfügung durch Einsprache anfechtbar ist (Art. 88 i.V.m. Art. 20 IRSG, Art. 30 VwG).

Der Verfolgte darf nicht in einem weitern Umfang Einsicht in die Strafakten erhalten, als dies nach dem massgebenden Prozessrecht zulässig wäre, wenn das schweizerische Verfahren unter Berücksichtigung von Art. 89 denselben Stand wie das ausländische hätte[12]. Art. 28 VwG schützt den Angeschuldigten in einem solchen Fall ausreichend. Selbstverständlich ist das Recht des Verdächtigten, sich verbeiständen zu lassen. Für das Übernahmeverfahren ist ihm von Bundesrechts wegen ein Anwalt beizuordnen, wenn es die Wahrung seiner Interessen erfordert (Art. 18 al. 1). Dies erscheint vor allem angezeigt, wenn die PA die Wahl zwischen der Auslieferung und der Übernahme der Strafverfolgung hat und der Verfolgte bedürftig ist.

Weil Ausländer, die eine gültige Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzen, aus der Schweiz oder dem Aufenthaltskanton gewiesen werden können, wenn sie wegen eines Vergehens oder Verbrechens bestraft worden sind[13], ist – falls die Anwendung von Art. 82 al. 2 in Aussicht steht – zu erwägen, die zuständigen Fremdenpolizeiorgane anzuhören.

Der Übernahmeentscheid der PA ist Ermessensakt (Art. 82; Art. 1 al. 3). Die PA ist gehalten, ihre Entscheidungsfreiheit pflichtgemäss zu üben[14]. Wenn die positiven und negativen Voraussetzungen erfüllt sind und keine beachtenswerten Gründe dafür sprechen, Einschränkungen praeter legem zuzulassen, wird die Strafverfolgung zu übernehmen sein.

Die Anordnung der Übernahme ist – obwohl noch nicht rechtskräftig – grundsätzlich sofort vollstreckbar, wenn einer Einsprache nicht aufschiebende Wirkung erteilt wird (Art. 20 al. 3). Die Vollstreckbarkeit äussert sich darin, dass das Verfahren unverzüglich an die Hand genommen werden darf. Daran ändert nichts, dass der Übernahmeentscheid im Rechtsmittelverfahren noch umgestossen oder das Ersuchen vor der Notifikation der endgültigen Annahme zurückgezogen werden kann, weil die Zulässigkeit, im Rahmen der Strafverfolgung jetzt schon gegen den Angeschuldigten und Dritte Zwang zu üben, aus dem schweizerischen Gesetz folgt und keiner zwischenstaatlichen Rechtfertigung bedarf[15].

12 Wenn im Ausland z.B. die wesentlichsten Untersuchungshandlungen ausgeführt sind, können diese nach Art. 89 IRSG als schweizerische gewertet und in ein hypothetisches Strafverfahren übertragen werden. Die Beschränkung der Akteneinsicht mit der Begründung, das massgebende Verfahrensrecht gestatte sie erst, wenn die wesentlichsten Untersuchungshandlungen vorgenommen sind, wäre deshalb nicht statthaft.

13 Vgl. Art. 10 ANAG.

14 Dazu Gygi, 1. Auflage, 142f mit Hinweisen, Imboden/Rhinow 398ff.

15 Wird das Ersuchen zurückgezogen oder lehnt der Rechtsmittelentscheid die Zusammenarbeit ab, ist der Verfolgte für erlittene Unbill und Schaden nach dem massgebenden Prozessrecht,

2. Die Einsprache gegen die Anordnung der PA[16]

Die Anordnung der PA ist innert 10 Tagen seit formrichtiger, insbesondere mit einer Rechtsmittelbelehrung versehener Eröffnung durch schriftliche Einsprache anfechtbar (Art. 20 al. 1). Grundsätzlich ist die Einsprache innerhalb der Rechtsmittelfrist zu begründen; hiezu und zur Verbesserung von Mängeln ist jedoch in der Regel eine angemessene Nachfrist zu gewähren, nach deren unbenütztem Ablauf die Einsprache als zurückgezogen gilt (Art. 20 al. 2).

Der Überprüfung unterliegt das ganze Verfahren, soweit die PA selbständig damit befasst war[17], mit Einschluss der Ermessensausübung.

Das Institut der Einsprache soll – richtig verstanden – einerseits die Anordnung der Übernahme in Fällen, die einfach und eindeutig erscheinen, aufgrund summarischer Prüfung gestatten (dem Verfolgten bleiben alle Rechte im Einspracheverfahren gewahrt), andererseits ermöglichen, den Streitfall eventuell im formlosen Gespräch zu erledigen und so den Verwaltungsjustizweg entlasten[18].

Die Einsprache wirkt nicht aufschiebend (Art. 20 al. 3). Weist die PA ein dahingehendes Begehren ab, ist die Verfügung selbständig mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar. Diese kann damit begründet werden, die Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung schaffe dem Einsprecher nicht wiedergutzumachende Nachteile oder sei ihm sonstwie in erheblicher Weise abträglich[19].

3. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde

Der Einspracheentscheid der PA ist unmittelbar durch Verwaltungsgerichtsbeschwerde[20] ans Bundesgericht weiterziehbar (Art. 21 al. 1). Anwendbar sind, von drei Ausnahmen abgesehen, die Bestimmungen des OG, namentlich Art. 97 ff.

vorbehältlich Art. 55 al. 4 VwG, zu entschädigen. Die Entschädigungspflicht des Bundes bzw. der Kantone gilt hier unmittelbar und nicht kraft Art. 11 IRSG sinngemäss.

[16] Die nachfolgenden Betrachtungen setzen voraus, dass die PA die Übernahme anordnet. Der Angeschuldigte wird gegen die Ablehnung der Übernahme wohl nur rekurrieren, wenn gleichzeitig die Auslieferung angeboten bzw. gutgeheissen wird. Seine Einsprache geschieht dann in diesem Rahmen.

[17] Vgl. Art. 14 IRSG.

[18] BBl *1976* II 458, *1974* II 640 f.

[19] Art. 45 lit. g VwG und Art. 20 al. 3 i. V. m. Art. 21 IRSG.

[20] Art. 21 IRSG geht Art. 100 lit. f OG vor, wenn die Übernahme der Strafverfolgung als Verfügung auf dem Gebiet des Strafrechts gewertet werden sollte.

Vollständigkeitshalber sei noch darauf hingewiesen, dass in Fragen, die in Art. 14 al. 2 lit. c bis f IRSG aufgezählt sind, die Verwaltungsbeschwerde ans EJPD möglich ist, das endgültig entscheidet (Art. 22 IRSG). Dieses Rechtsmittel dürfte im Bereich der Übernahme der Strafverfolgung kaum häufig beansprucht werden müssen, wenn die Kompetenzausscheidung in Art. 14 unverändert bleibt.

Das Rechtsmittel im allgemeinen zu behandeln, erübrigt sich; es wurde von berufener Seite dargestellt[21].

Art. 34 al. 1 OG betreffend den Stillstand von Fristen gilt wegen der engen Verwandtschaft der Materie mit der Strafrechtspflege nicht[22]; das BGer ist auch nicht an die Fesseln der Dispositionsmaxime gebunden (Art. 21 al. 5). Schliesslich kann es in Erweiterung der Beschwerdegründe von Art. 104 OG mit der Rüge der unzulässigen oder offensichtlich unrichtigen Anwendung fremden Rechts befasst werden (Art. 21 al. 4).

Die Überprüfung der beidseitigen Strafbarkeit in concreto im Rechtsmittelverfahren darf nicht mit dem Einwand abgetan werden, es sei Aufgabe der Strafverfolgungsbehörde, diese eingehend abzuklären und zu würdigen. Denn die beidseitige Strafbarkeit ist eine selbständige Voraussetzung der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit[23].

Nach der von der Expertenkommission vorgeschlagenen Lösung hätte das BGer die unrichtige Anwendung des fremden Rechts schlechthin untersuchen und beheben können (EExKo 15 al. 5). Damit wäre es unmöglich geworden, die bisherige Praxis fortzusetzen, umstrittene Fragen des fremden Rechts nicht weiter zu prüfen[24], abgesehen davon dass das Motiv der freiwilligen Beschränkung des BGer, dem Entscheid des Strafrichters im ersuchenden Staat nicht vorzugreifen, für die Übernahme der Strafverfolgung gerade nicht zutrifft.

Die nunmehr vorliegende Fassung beschneidet das Recht des Verfolgten, eine umfassende Überprüfung der Anwendung des fremden Rechts zu verlangen. Das ist zu bedauern.

IV. Vorläufige Massnahmen

Vor der rechtskräftigen bzw. vollstreckbaren Anordnung der Übernahme darf weder die Strafverfolgung eröffnet, noch prozessualer Zwang gegen den Verfolgten und Dritte geübt werden.

Das Gesetz schafft die Grundlage, auf Ersuchen des Tatortstaates vorläufige Massnahmen, die dringend und unaufschiebbar sind, an die Hand zu nehmen[25], wenn die Übernahme der Strafverfolgung nicht offensichtlich unzulässig oder unzweckmässig erscheint (Art. 15)[26].

21 Grisel 494ff, Gygi, 2. Auflage, 100ff, 121ff, 135ff.

22 BBl *1976* II 459.

23 Zur Überprüfung der Anwendung fremden Rechts vor dem Kassationshof des BGer: § 10 Anm. 29.

24 Vgl. Schultz, AuslR 235f, Jahrbuch 1963, 235.

25 Z. B. die Überwachung, vorläufige Verhaftung einer Person, die Sicherstellung von Gegenständen, Durchführung von Hausdurchsuchungen (vgl. Prot. 951).

26 Der praktische Anwendungsbereich der Bestimmung dürfte im Bereich der Übernahme der Strafverfolgung eher gering sein: die schweren Rechtsbrecher ohne festen Aufenthalt in der

Die PA entscheidet nur über dieses letztgenannte Erfordernis. Die Anordnung und Durchführung der Massnahme obliegt der nach Art. 83 al. 1 i. V. m. Art. 84 zuständigen Behörde. Diese Kompetenzausscheidung ist aus Art. 15 a. E. zu gewinnen, wo die Befugnis der PA statuiert ist, vorläufige Massnahmen zu beantragen, wenn ein Ersuchen angekündigt und Gefahr im Verzug ist, falls ausreichende Angaben zur Beurteilung der Voraussetzungen der Zusammenarbeit vorliegen.

Weil die kantonale Strafverfolgungsbehörde noch nicht in «eigener Sache» tätig wird, wenn sie vorläufige Massnahmen anordnet und ausführt, steht gegen ihre Verfügungen das in Art. 19 vorgesehene Rechtsmittel offen[27]. Ist ausnahmsweise eine Bundesbehörde mit der Sache befasst, liegt es am nächsten, Art. 214ff BStrP bzw. Art. 26 VStrR analog anzuwenden; denn die Beschwerde an die Anklagekammer des BGer ist der verwaltungsgerichtlichen vorzuziehen.

Entscheide der PA sind selbständig durch Einsprache anfechtbar, wobei deren Erledigung bis zum Abschluss des Verfahrens aufgeschoben werden kann (Art. 20 al. 4).

§ 10 Die Besonderheiten der schweizerischen Strafverfolgung

I. Formellrechtliche Besonderheiten

1. Die rechtliche Natur und der Rechtsgrund des Verfahrens vor der Strafverfolgungsbehörde

Das Verfahren vor der zuständigen Strafverfolgungsbehörde ist weder ein Rechtshilfeverfahren noch ein solches sui generis, sondern stellt ein gewöhnliches Strafverfahren dar, das mit Rücksicht auf die Natur der Sache einige Besonderheiten aufweist. Das muss betont werden, weil es in den Beratungen der Expertenkommission mit ziemlicher Sicherheit nicht erkannt, zumindest aber nicht deutlich genug herausgestellt worden ist[1].

Die Tätigkeit der Organe der Strafverfolgung ist nicht Rechtshilfe, auch wenn sie an deren Stelle treten mag[2], sondern Strafrechtspflege: Denn wie in einem normalen inländischen Strafverfahren ist zu entscheiden, ob der Tatverdacht und die übrigen Voraussetzungen formeller Art die Durchführung eines

Schweiz, die wegen schwererer Delikte in Untersuchung stehen, werden verhaftet sein. Falls ein Auslieferungsdelikt Gegenstand eines ausländischen Ersuchens bildet, wird vorerst die Auslieferung verlangt werden, so dass zur Festnahme und Verhaftung Art. 39ff IRSG anwendbar sind.

[27] Art. 12 und 15 i. V. m. Art. 19 IRSG.

[1] Vgl. Prot. 148–151, 157, 1136.

[2] § 2 II 1.

Verfahrens rechtfertigen und, wenn ja, ob der Angeschuldigte schuldig und welche Sanktion ihm aufzuerlegen sei[3].

Wird die wahre Natur des Verfahrens vor der Strafverfolgungsbehörde erkannt, so leuchtet ein, weshalb es seinen Rechtsgrund nicht in Art. 9 IRSG haben kann[4]. Dieser beruht allein auf der verfassungsmässigen Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen (Art. 64bis BV).

Folgender Gedankengang möge dies erhärten:

Der Bundesgesetzgeber, der zur Legiferierung auf dem Gebiet des Strafrechts befugt ist, kann sich entscheiden, gewisse Taten generell und abstrakt der Zuständigkeit der inländischen Strafverfolgungsorgane zu unterstellen. Unabhängige Gerichtsbarkeiten repräsentieren etwa Art. 3 ff, 202 Zif. 5, 240 al. 3, 245 Zif. 1 al. 2 StrGB, Art. 16 VG, Art. 4 SSG oder Art. 97 LFG.

Er kann auch einen andern Weg beschreiten und eine legale Grundlage schaffen, die einen Eingriff in Freiheits- und Vermögensrechte seiner Gewaltunterworfenen nur erlaubt, wenn eine besondere Vereinbarung mit einem von einer strafbaren Handlung berührten Staat zum Zweck der Verfolgung und Ahndung dieser Tat zustandekommt. So hat er sich entschieden, als er Art. 101 SVG und Art. 372 II StrGB schuf. Gleiches tut er nun mit Bezug auf Art. 82 IRSG.

Die Vereinbarung mit dem Ausland, die die gesetzliche Anweisung im Einzelfall vollzieht, kann als auswärtige Angelegenheit nur in die Zuständigkeit des BR bzw. kraft gesetzlicher Delegation in diejenige der PA fallen[5].

Die Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden stellt in erster Linie Rechtsanwendung dar, indem die Vereinbarung die gesetzlich geforderte Voraussetzung geschaffen hat, unter welcher die inländische Zuständigkeit nach Massgabe des prozessualen Legalitätsprinzips dazu zwingt zu prüfen, ob ein Strafverfahren einzuleiten und zu Ende zu führen sei. Dass die Organe der Strafverfolgung durch ihre Tätigkeit das zwischenstaatlich vereinbarte Mandat erfüllen und die Interessen eines andern Staates wahren, braucht sie nicht zu bewegen. Denn

[3] § 2 II 1.

[4] Unrichtig B 31: «Soweit bei der Ausführung von Ersuchen zum Bereich der Strafjustiz gehörende Tätigkeiten ausgeübt werden müssen (Vornahme von Beweiserhebungen, Übernahme der Strafverfolgung), wird die Rechtsgrundlage für die Anwendung der massgebenden Strafprozessordnung dadurch geschaffen, dass den dafür zuständigen Behörden vorgeschrieben wird, ‚die für sie massgebenden Bestimmungen' anzuwenden.»

Anders und richtig nun BBl *1976* II 470:

«Der Entwurf hat das Verfahren grundsätzlich nur bis dahin zu regeln, wo es in die Hände der zuständigen Strafverfolgungsbehörden übergeht, die auch allein dafür zuständig sind zu entscheiden, ob eine Strafverfolgung zu eröffnen ist.»

BBl *1976* II 488: «... Die Verfahrensvorschriften (des Gesetzes) regeln nur die Tätigkeit der schweizerischen Behörden auf dem Gebiet des internationalen Verwaltungsrechts. Sie greifen somit nicht in die den Kantonen vorbehaltene Gesetzgebung über das Strafprozessrecht ein (Art. 64bis BV).»

[5] § 8 II 2 und § 9 I.

ausländische Interessen fördern sie auch, und zwar in der Regel ohne vertragliche Pflicht der Schweiz, wenn sie eine Person aufgrund des Weltrechtspflege- oder des Heimatprinzips[6] verfolgen[7].

2. Bundesgerichts- und kantonale Gerichtsbarkeit

Art. 83 al. 1 schreibt vor, die Tat sei zu beurteilen, wie wenn sie in der Schweiz begangen worden wäre.

Damit wird nicht nur eine Rechtsanwendungsregel sondern auch eine Zuständigkeitsbestimmung geschaffen[8]. Diese wirkt sich vor allem aus, wenn Taten ihrer rechtlichen Natur wegen nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 zu verfolgen sind[9]. Hier gilt die besondere Kompetenzausscheidung der Art. 19ff VStrR. Weil der Täter jedoch keine Norm des Bundesverwaltungsrechts verletzt hat, sondern einzig aus Gründen der Praktikabilität nach schweizerischem Recht gestraft wird (von der möglicherweise anwendbaren mildern lex loci abgesehen), fehlt der Tätigkeit der Bundesorgane die besondere Rechtfertigung, der sie angesichts von Art. 64bis al. 2 BV bedarf[10]. An der Verfassungsmässigkeit von Art. 83 al. 1 ist deshalb zu zweifeln.

3. Die örtliche Zuständigkeit

Der schweizerische Gerichtsstand bestimmt sich, wenn nicht bereits ein anderer begründet ist, nach Art. 348 StrGB (Art. 84)[11].

Art. 350 StrGB ist im Verhältnis zwischen den unter der unabhängigen Gerichtsbarkeit der Schweiz stehenden Taten und den nach Art. 82 IRSG übernommenen unanwendbar[12].

[6] Wenn dieses als Ersatz für die Nichtauslieferung eigener Staatsangehöriger gesehen wird. Vgl. § 2 Anm. 16.

[7] Könnte sich die Schweiz wie die nordischen Staaten entschliessen, das Domizilprinzip einzuführen, würde so generell und abstrakt bestimmt, was nach Art. 82 IRSG auszuüben nur im Einzelfall und aufgrund einer Vereinbarung mit dem Tatortstaat möglich und geboten ist.

[8] BBl *1976* II 467.

[9] Art. 83 al. 1 IRSG verweist auch auf die Bundesgerichtsbarkeit nach Art. 340 StrGB. Diese wird in der Praxis kaum in Frage kommen, da mit Ausnahme der Sprengstoffdelikte, die meist politisch motiviert sind, ihr durchwegs Vergehen und Verbrechen unterstehen, die gegen die schweizerische Rechtsordnung gerichtet sind und weitgehend von den unabhängigen Kompetenznormen erfasst werden.

[10] Fleiner/Giacometti 107, 847; vgl. auch BBl *1971* I 1025.

[11] Vgl. auch Schweri, ZStrR *92* (1976) 132f.

[12] Prot. 1337, BBl *1976* II 468.

4. Die Kognition der Strafverfolgungsbehörde

Die zwischenstaatliche Vereinbarung tastet die Kognition des Richters[13] nicht an, erweitert sie auch nicht. Gleich wie ihn der Entscheid des Gesetzgebers, eine generelle und abstrakte Zuständigkeit zu begründen, im Einzelfall bindet, ist er verpflichtet, nach Massgabe des strafprozessualen Legalitätsprinzips die Strafverfolgung einzuleiten und gegebenenfalls zu Ende zu führen, wenn die internationalstrafrechtliche Zuständigkeit der Schweiz in ihrer Ausübung von der Vereinbarung mit dem Tatortstaat abhängt und wenn dieser Vertrag in concreto geschlossen wurde[14].

Das heisst im einzelnen:

Die von der PA bejahten, allenfalls in einem Rechtsmittelverfahren überprüften Voraussetzungen der Übernahme der Strafverfolgung sind, soweit diese ausserhalb der verfahrensrechtlichen Entscheidungskompetenz des Richters liegen, für diesen verbindlich. Das gilt selbst dann, wenn der Richter die angestellte Würdigung für falsch hält. Stösst er im Verlauf des Strafverfahrens auf Tatsachen, die einen andern Entscheid rechtfertigen können, hat er die PA als Übernahmebehörde zu benachrichtigen[15].

Was die Verfolgbarkeit und die Strafbarkeit der Tat angeht, ist allein der Richter zu einem Entscheid berufen. Denn die Durchführung des Verfahrens, die Ermittlung und materiellrechtliche Beurteilung des Sachverhalts entspricht seinem verfassungsmässigen Auftrag. Deshalb kann ihn der Übernahmeentscheid bzw. der zwischenstaatliche Vertrag nie verpflichten, das Strafverfahren zu eröffnen und zu Ende zu führen (Art. 88 al. 3)[16].

Klarstellungen in zwei Richtungen, die, richtig verstanden, keinen Einbruch in diese Regel darstellen, drängen sich auf:

Die Übernahme der Verfolgung ist nur möglich, wenn der Tatortstaat sie verlangt. Erkennt der Richter, dass die PA dieses Merkmal rechtlich unrichtig beurteilte, kann er daran nicht rütteln, wenn die Tat für den ersuchenden Staat aufgrund einer andern internationalstrafrechtlichen Zuständigkeit eine verfolgbare und strafbare bleibt[17]. Denn dem Richter obliegt es, die Strafbarkeit, nicht die Legitimation des ersuchenden Staats im Übernahmeverfahren zu beurteilen.

Fördern die Ermittlungen des Richters Tatsachen zutage, aus denen sich ergibt, dass die PA die Strafbarkeit nach schweizerischem Recht fälschlicher-

[13] Der Ausdruck steht stellvertretend für Strafverfolgungsbehörde. Als solche kann auch die Verwaltung auftreten.

[14] § 10 I 1.

[15] § 3 III 1 b.

[16] § 3 IV 2 a.

[17] Ein solcher Irrtum liegt vor, wenn die PA z. B. fälschlicherweise davon ausgegangen ist, der Ubiquitätsgrundsatz gelte, der ersuchende Staat zutreffenderweise aber aufgrund des Realprinzips zur Verfolgung zuständig ist.

weise angenommen hat, hält er gleichzeitig dafür, dass der Täter nach dem Recht des ersuchenden Staats verfolgbar und strafbar bleibt, soll er die Akten der PA zustellen mit dem Antrag, die Annahmeerklärung zu widerrufen. Denn er ist auf einen Umstand gestossen, der, bevor seine Kognition wirksam wird, die Voraussetzung der Übernahme der Strafverfolgung bezüglich der beidseitigen Strafbarkeit beseitigt[18]. Eine andere rechtliche Beurteilung desselben Sachverhalts steht ihm zu, selbst wenn diese geeignet ist, die Strafbarkeit einseitig auszuschliessen[19].

5. Die Nichteröffnung und Einstellung der Strafverfolgung aus prozessrechtlichen Gründen

Stellt der Richter fest, dass der Schuldverdacht nicht ausreicht oder andere formellrechtliche Gründe die Strafverfolgung hindern, wird er das Verfahren nicht eröffnen oder einstellen.

Weil die Mitteilung der Schweiz über den erfolglosen Ausgang des Verfahrens gleichzeitig die zwischenstaatliche Vereinbarung dahinfallen lässt[20], fehlt dem Richter die Zuständigkeit, die Strafverfolgung wiederzueröffnen[21].

6. Die tatsächliche Gleichwertigkeit der ausländischen Untersuchungshandlungen

Jede von den Behörden des Tatortstaates nach ihrem Recht durchgeführte Untersuchungshandlung wird im Strafverfahren einer entsprechenden schweizerischen gleichgestellt (Art. 89). Die rechtlichen Wirkungen beurteilen sich ausschliesslich nach dem inländischen Recht[22].

Diese Vorschrift ist nicht nur heranzuziehen, wenn zu prüfen ist, welche im Ausland durchgeführten Handlungen die Verjährung nach schweizerischem Recht unterbrochen haben[23]. Es macht den Anschein, wie wenn der Untersuchungsrichter nach Eröffnung der Strafverfolgung und der Feststellung, dass das ihm gleichgestellte Organ des Tatortstaates alle wesentlichen Untersuchungshandlungen rechtens durchgeführt hat, sogar befugt ist, die Sache sogleich ans Gericht zu überweisen[24].

[18] § 3 III 1 b aa.
[19] § 3 III 1 b aa a. E.
[20] § 3 III 1 c.
[21] Das wird sich in der Praxis nicht spürbar auswirken. Wird die Verfolgung nicht eröffnet bzw. eingestellt, weil eine Strafverfolgungsvoraussetzung fehlt oder ein Prozesshindernis besteht, besteht auch später meist kein Grund zu einem andern Entscheid. Was das Fehlen genügender Beweise betrifft, ist kaum zu erwarten, sie würden hier eher als im Tatortstaat auftauchen.
[22] BBl *1976* II 486.
[23] BBl *1976* II 470.
[24] Vgl. auch § 4 I 3 a.

7. Die Ausdehnung der Strafverfolgung

Die Ausdehnung der Strafverfolgung scheint, wenn subjektive Konnexität vorliegt, möglich, sofern sich die Handlungen des Angeschuldigten rechtlich auf ein und denselben Willensentschluss zurückführen lassen[25].

Stösst der Richter auf Taten, auf welche diese Voraussetzung nicht zutrifft, muss er an die PA gelangen, damit diese einen erweiterten Vertragsschluss anstrebt oder die Übernahmeverfügung ändert, weil die neuen Rechtsbrüche das Schwergewicht in den Tatortstaat verlagern[26].

8. Der Ausschluss des Abwesenheitsverfahrens

Ein Abwesenheitsverfahren ist unzulässig (Art. 83 al. 3)[27].

Diese Vorschrift ist um so mehr zu begrüssen, als die Strafverfolgung nicht im Tatortstaat durchgeführt wird.

9. Das Schicksal der ausländischen Verfahrenskosten

Die vom ersuchenden Staat festgesetzten Verfahrenskosten werden zu denjenigen des Verfahrens in der Schweiz geschlagen und eingefordert, hingegen dem Tatortstaat nicht erstattet (Art. 90 al. 1)[28].

10. Die Rechtsmittel

Weil das Verfahren vor der Strafverfolgungsbehörde ein eigenständiges ist, gewährleistet ausschliesslich das anwendbare Verfahrensrecht den Rechtsschutz des Angeschuldigten; Art. 19ff sind unanwendbar[29].

[25] § 3 IV 2 a.

[26] Die Notifikation der PA, in welcher die Tat zu beschreiben ist, wird die Bemerkung enthalten, ohne anderslautenden Bericht werde diesbezüglich die Verfolgung übernommen.

[27] Vgl. auch Art. 5 und 6 StrGB und SCHULTZ, Neue Entwicklungen 318, zu Art. 101 SVG.

[28] Die Übernahme der Strafverfolgung soll den Angeschuldigten nicht von Kosten entlasten; BBl *1976* II 470.

[29] Insbesondere ist gegen das kantonale Strafurteil bzw. den Einstellungsbeschluss letzter Instanz die Kassationsbeschwerde gemäss Art. 268ff BStrP einzulegen und nicht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Mit jenem Rechtsmittel kann die unrichtige Anwendung und Auslegung des milderen ausländischen Rechts nicht gerügt werden (Art. 269 al. 1 BStrP, BBl *1943* I 119, RÜEGSEGGER 39, SCHWANDER, Revue *31* [1960] 593f). Der Kassationshof hat jedoch zu untersuchen, ob schweizerisches Recht zu Unrecht angewendet wurde, und sollte die Bemerkung im kantonalen Urteil, das ausländische Recht sei nicht milder, überprüfen. Er hat selbständig die Tat nach beiden Rechten zu würdigen und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen, wenn das ausländische Recht die Tat straflos lässt bzw. milder sanktioniert. Erst das gestützt darauf gefällte Strafurteil unterliegt der staatsrechtlichen Beschwerde (so nun die zutreffende Praxis zu Art. 43 OG: BGE *100* II 34 E. 5. A. M. noch BGE *79* IV 50, allerdings nur obiter dictum!).

11. Der Vollzug der Sanktion

Der Vollzug wird vom anwendbaren Verfahrensrecht beherrscht[30].

Der Hinweis in Art. 90 al. 2 ist überflüssig, wonach allein die Kantone über bezahlte Geldbussen, eingezogene Gegenstände oder verfallene Beträge verfügen[31]. Zudem ist er unvollständig, denn es ist nicht anzunehmen, Art. 90ff, namentlich Art. 93 VStrR, gälten nicht, wenn ein Verwaltungsstrafverfahren geführt wird[32].

12. Die Begnadigung

Dass die schweizerischen Behörden zuständig sind, den Vollzug der im Inland gefällten Strafurteile gnadenweise ganz oder teilweise zu erlassen, ist unbestritten.

Den oben dargestellten allgemeinen Lehren folgt, dass der Tatortstaat verpflichtet ist, den Gnadenakt anzuerkennen[33]. Zu erwägen ist, die zuständigen Behörden des ersuchenden Staates anzuhören, ohne dass deren Äusserungen verbindliche Wirkung zugemessen würde.

II. Materiellrechtliche Besonderheiten

1. Die Abhängigkeit von der lex loci

Weil die Schweiz anstelle des Tatortstaates verfolgt – das zöge konsequenterweise die Anwendung der lex loci nach sich[34] –, ist die Bestrafung im Inland von der Strafpflicht am Tatort abhängig.

Das heisst nicht nur, dass der schweizerische Richter zu überprüfen hat, ob der Täter nach dem Recht des ersuchenden Staates in concreto strafbar sei, sondern besagt auch, dass der Angeschuldigte freizusprechen bzw. das Verfahren einzustellen ist, wenn im Tatortstaat die Strafpflicht erloschen ist, z. B. durch Erlass einer lex mitior oder einer Amnestie, Begnadigung oder Eintritt der Verfolgungsverjährung[35].

[30] § 3 IV 2 a.

[31] Vgl. Art. 381 StrGB.

[32] Art. 90 IRSG wurde offenbar versehentlich nicht angepasst. Ursprünglich sah das Gesetz nur die Zuständigkeit des kantonalen Richters vor (Art. 51 i. V. m. Art. 52 VE PA). In der ExKo wurde später der bislang allein anwendbare Art. 348 StrGB ausserkraftgesetzt, wenn bereits die Strafverfolgung hängig ist. Damit wurde es möglich, dass eine Bundesbehörde zur Verfolgung zuständig sein konnte. Die vom BR vorgenommene Ergänzung der Regel über das anwendbare Recht hat die Bundeszuständigkeit erheblich erweitert. Die Vorschrift könnte im übrigen ohne Schaden gestrichen werden.

[33] § 3 IV 2 c.

[34] § 4 I 1 a.

[35] Vgl. Art. 4 KÜStrV; BBl *1976* II 466f.

Weil die Strafverfolgungsvoraussetzungen nach dem Recht des ersuchenden Staates vorliegen müssen[36], ist das Strafverfahren in der Schweiz einzustellen, wenn eine positive Voraussetzung der Verfolgbarkeit entfällt oder ein Prozesshindernis auftaucht. Deshalb ist die rechtliche Natur des Strafantrages sekundär und es ist die gerichtliche Verfolgung unverzüglich zu beenden, wenn der Antrag im Ausland zurückgezogen wird[37].

2. Die Anwendung der lex mitior

Die Tat ist nach schweizerischem Recht zu beurteilen, nach dem des Tatorts nur, wenn es milder ist; der Richter kann allein die im schweizerischen Recht vorgesehenen Sanktionen verhängen (Art. 83 al. 1 und 2).

Diese Regel entspricht, abgesehen davon, dass sie die möglichen Sanktionen präzisiert, den Art. 5 und 6 StrGB. Der Hinweis, dass das mildere Recht nach den zu Art. 2 al. 2 StrGB entwickelten Grundsätzen zu bestimmen ist, möge genügen[38].

Ob Art. 83 al. 2 nur Alibicharakter hat[39], wird davon abhängen, wie der Kassationshof seine Aufgabe auslegt zu prüfen, ob das schweizerische Recht zu Unrecht angewendet worden sei[40].

3. Die Anrechnung ausländischer Untersuchungs- und Strafhaft

Die im Ausland erstandene Untersuchungshaft ist anzurechnen (Art. 89 IRSG i. V. m. Art. 69 und 110 Zif. 7 StrGB)[41].

Die Übernahme der Strafverfolgung ist auch möglich, wenn im Ausland bereits eine Sanktion rechtskräftig verhängt und teilweise vollzogen wurde und die Übernahme der Vollstreckung rechtlich gehindert ist. Es versteht sich auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, dass die im Ausland erstandene Strafhaft an die in der Schweiz verhängte Sanktion anzurechnen ist.

4. Der Verzicht auf die Landesverweisung

Wenn die Schweiz die Verfolgung des hier ansässigen Ausländers wegen der besseren Wiedereingliederungsaussichten übernimmt, sollte der angestrebte

[36] § 2 II 2 c.

[37] Vgl. MARKEES, ZStrR *77* (1961) 60, KOHLER, IntStrR 200. A. M. ZIMMERLI 41.

[38] SCHULTZ, Einführung I 85, 93, HAFTER, AT 59, VON CLERIC, ZStrR *37* 68, BGE *68* IV 35, KÜNG 8.

[39] Das hat er, wenn die lex mitior in der Praxis nur summarisch geprüft wird; vgl. Prot. 849!

[40] § 10 Anm. 29.

[41] Art. 10 IRSG stellt in bezug auf die stellvertretende Strafverfolgung einen unechten Vorbehalt dar.

Erfolg nicht dadurch vereitelt werden, dass das urteilende Gericht die Landesverweisung nach Art. 55 StrGB verhängt.

Der Übernahmeentscheid bindet die Spruchbehörde zwar nicht. Doch es wird nicht ohne Einfluss auf die Ermessensausübung bleiben, dass die Strafverfolgungsbehörde im Übernahmeverfahren angehört worden ist. Die Rechtsprechung lässt schon heute Zurückhaltung erkennen, wenn der Verurteilte starke Bindungen an die Schweiz besitzt[42].

3. Abschnitt: Die Übertragung der schweizerischen Strafverfolgung an das Ausland

§ 11 Voraussetzungen

I. Die besondern[1] materiellen Voraussetzungen

1. Die Rolle der Gerichtsbarkeit (Art. 85 a. A.)

Für jede Tat, die der unabhängigen schweizerischen Gerichtsbarkeit untersteht, kann, wenn die Voraussetzungen von Art. 85 erfüllt sind – soll es auch, damit die Wirkungen von Art. 86 eintreten –, ein Begehren um Übernahme der Strafverfolgung gestellt werden[2].

Der ersuchte Staat muss zur Verfolgung und Ahndung der Tat nach seinem Recht zuständig sein. Ob diese Kompetenz eine autonome sei oder von einer Vereinbarung mit dem Ausland abhänge, ist unerheblich[3].

Dieser vom schweizerischen Recht geforderten Voraussetzung könnte entgegengehalten werden, die PA habe sich nicht darum zu kümmern, ob die Verfolgung im ersuchten Staat auf einer legalen Grundlage beruhe oder nicht. Doch es besteht ein praktisches Interesse daran; denn ein Ersuchen wird kaum zum Ziel führen, wenn der ersuchte Staat keine Zuständigkeit besitzt. Sollte ein solches dennoch gestellt und gar angenommen werden, wäre die Schweiz mitverantwortlich dafür, dass der Angeschuldigte durch einen ungesetzlichen Richter verfolgt wird[4].

[42] Schultz, Einführung II 101.

[1] Allgemeine Voraussetzungen der internationalen Zusammenarbeit wurden in § 6, wichtige Gründe zum Ausschluss der Übernahme der Strafverfolgung praeter legem in § 7 IV 2 behandelt. Vgl. auch § 4.

[2] Vgl. auch § 6 IV, wenn im Tatortstaat bereits geurteilt wurde. Wenn ein Drittstaat bereits ein Verfahren rechtskräftig abgeschlossen hat, steht Art. 4 IRSG der Zusammenarbeit nicht entgegen.

[3] BBl *1976* II 468, B 70.

[4] § 4 I 2 c.

2. Die Rechtfertigung der Übertragung

a) Der Aufenthalt des Verfolgten im ersuchten Staat (Art. 85 lit. a)

aa) Die unzulässige Auslieferung an die Schweiz

Falls die Auslieferung an die Schweiz aus rechtlichen Gründen unterbleibt[5], hat diese keine Wahl. Sie muss die Übernahme der Strafverfolgung verlangen, insbesondere dann, wenn der ersuchte Staat einzig eine abhängige Zuständigkeit besitzt.

Solche Begehren waren nach dem bisherigen Recht bereits zulässig[6].

bb) Die zulässige, aber nicht gerechtfertigte Auslieferung an die Schweiz

Dieser Tatbestand ist das Spiegelbild zu Art. 82, soweit dieser die mögliche, aber nicht gerechtfertigte Auslieferung des Täters im Auge hat.

Die PA kann auf das Auslieferungsbegehren verzichten und die Übernahme der Strafverfolgung verlangen, wenn sich ergibt, dass die Auslieferung des Täters an die Schweiz nicht gerechtfertigt ist, weil entweder die Aussichten für seine Resozialisierung im ersuchten Staat besser sind als in der Schweiz[7] oder weil im Ausland gegen dieselbe Person ein Strafverfahren von grösserer Tragweite geführt werden muss[8].

b) Der Aufenthalt des Verfolgten in der Schweiz (Art. 85 lit. b)

Wenn der Verfolgte strafbare Handlungen begangen hat, die teils der unabhängigen schweizerischen, teils der ausländischen Gerichtsbarkeit unterstehen, stellt sich die Grundsatzfrage, ob er für alle seine Taten hier oder im Ausland verfolgt werden soll.

Die Übernahme der Strafverfolgung durch die Schweiz ist vorzuziehen, wenn sie durch die persönlichen Verhältnisse und die bessern Aussichten für die Wiedereingliederung des Angeschuldigten indiziert ist (Art. 82 al. 2). Ist die Übernahme rechtsstaatlicher Schranken wegen gehindert, wird der Täter ans Ausland ausgeliefert und nach durchgeführter Strafverfolgung in die Schweiz zur Vollstreckung der Sanktion zurückgeführt.

Das Schwergewicht der Zuständigkeit verlagert sich ins Ausland, wenn dort die bessere Wiedereingliederung des Verfolgten zu erwarten ist, unabhängig von der Schwere der unter der schweizerischen bzw. ausländischen Gerichtsbarkeit begangenen Vergehen und Verbrechen. Verhindert das Prinzip der Unmittelbarkeit die Übertragung der schweizerischen Strafverfolgung an das Ausland,

[5] Z. B. wegen der Staatsangehörigkeit des Verfolgten, weil ein Nichtauslieferungsdelikt vorliegt oder ein relativer Ausschlussgrund der internationalen Zusammenarbeit auftaucht. Vgl. auch BBl *1976* II 469, B 71 f.

[6] Schultz, AuslR 44, Hafter, AT 56.

[7] Vgl. auch Art. 16 IRSG.

[8] Vgl. auch BBl *1976* II 468, B 70, 96.

wird das im Inland gefällte Urteil zur Vollstreckung übertragen werden können[9].

Ist der Verfolgte ein chronisch Rückfälliger, ein Zustandsverbrecher, ist die einheitliche Verfolgung in dem Land anzustreben, wo er die schwersten Rechtsbrüche begangen hat. Das gilt uneingeschränkt, wenn die unter der schweizerischen Zuständigkeit stehenden Taten prävalieren. Dadurch wird die Frage, ob die spätere Vollstreckung nicht in seinem Heimatland oder dem Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts durchzuführen sei, nicht präjudiziert[10]. Liegt das Schwergewicht im Ausland, soll die Schweiz offenbar auf die selbständige Verfolgung der sie allein betreffenden Taten nur verzichten, wenn der Vollzug der freiheitsbeschränkenden Sanktion im Ausland angezeigt ist[11].

Aus dem Wortlaut in Art. 85 lit. b («... diesem Staat ausgeliefert wird *und* die Übertragung der Strafverfolgung ...») und der Tatsache, dass die Zuführung zur Vollstreckung nach Art. 99 nur möglich ist, wenn der Verurteilte zustimmt, muss geschlossen werden, die Übertragung der Strafverfolgung an den Staat des gewöhnlichen Aufenthalts sei gehindert, wenn der Angeschuldigte verdächtigt wird, ausschliesslich unter der schweizerischen Zuständigkeit stehende Taten begangen zu haben, oder wenn für die im Ausland begangenen nicht ausgeliefert werden kann[12].

In analoger Anwendung von Art. 98 i. V. m. Art. 99 sollte jedoch der Verfolgte dem Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts[13] zugeführt werden, wenn dieser bereit ist, die Verfolgung zu übernehmen, jener zustimmt und wenn die Massnahme wegen der besseren sozialen Wiedereingliederung des Täters angezeigt ist.

c) Schweizer Bürger

Die angestellten Überlegungen zur Rechtfertigung der Übertragung der Strafverfolgung an das Ausland gelten in bezug auf Schweizer Bürger unter dem Gesichtspunkt von Art. 85 lit. a uneingeschränkt[14], unter demjenigen von Art. 85 lit. b nur, wenn der schweizerische Staatsangehörige der Zuführung oder Auslieferung zustimmt (Art. 5 al. 1).

[9] Vgl. auch Art. 32 al. 1 und 98 IRSG.

[10] Denn der Straf- und Massnahmevollzug im Staat, wo sich der Verurteilte gewöhnlicherweise aufhält, ist immer die bessere Lösung. Mehr sollte hier bezüglich Art. 98 lit. b IRSG nicht gefordert werden.

[11] Art. 85 lit. b IRSG sollte inbezug auf Zustandsverbrecher gleich ausgelegt werden wie Art. 98 lit. b IRSG (vgl. die vorhergehende Anmerkung).

[12] Das belegt auch Art. 86 al. 3 IRSG, der den ersuchten Staat davon befreit, die Spezialitätswirkung der Auslieferung zu beachten, wenn für eine andere Tat die Strafverfolgung übertragen wird (vgl. auch BBl *1976* II 469 und B 72).

[13] An den Heimatsstaat kann der Täter im Sinne von Art. 32 al. 1 IRSG zur Strafverfolgung «ausgeliefert» (zugeführt; oben § 2 II 1 a. E.) werden.

[14] Der Hauptfall nach § 11 I 2 a aa, die mit Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit des des Täters verbotene Auslieferung, fällt allerdings weg.

3. Zur Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der Tat

Dass die PA die Strafbarkeit und die Verfolgbarkeit der Tat nach schweizerischem Recht zu überprüfen hat, ist selbstverständlich[15].

Ob die Tat nach dem Recht des ersuchten Staates strafbar sei, ist deshalb (summarisch) vorabzuklären, weil ein Ersuchen, das von vornherein als aussichtslos erscheint, unterbleiben soll.

II. Bemerkungen zur Stellung eines Ersuchens

Die PA handelt auf Antrag der Strafverfolgungsbehörde (Art. 26 al. 2)[16]. Diese ist nicht gezwungen, ein Ersuchen zu beantragen.

Die PA würdigt frei, ob die Voraussetzungen der Übertragung der Strafverfolgung erfüllt sind. Ihre Einspracheverfügung unterliegt der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nach Art. 21. Zur Beschwerde ist auch die kantonale Untersuchungsbehörde befugt (Art. 21 al. 3); der Verfolgte nur, wenn er seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat (Art. 21 al. 2)[17]. Art. 21 al. 2 und 3 gehen inbezug auf die von ihnen behandelten Gegenstände als leges speciales den Art. 22 i. V. m. Art. 14 lit. f vor[18].

§ 12 Wirkungen

I. Die Sperrwirkung der Übernahme der Strafverfolgung (Art. 86 al. 1 lit. a)

Vom Eintreffen der Mitteilung des ersuchten Staates an, er habe die Strafverfolgung übernommen, sehen die schweizerischen Behörden vorläufig von weitern Massnahmen ab, die auf die Verfolgung der Tat bzw. die Vollstreckung der verhängten Sanktion gerichtet sind. Während dieser Zeit ruht die Verfolgungs- bzw. die Vollstreckungsverjährung nach schweizerischem Recht (Art. 86 al. 2)[1].

[15] § 2 II 2 b.

[16] Art. 26 al. 2 spricht nur von der kantonalen Behörde, gilt, soweit er besagt, die PA dürfe nicht ohne Antrag der zuständigen Strafverfolgungsbehörde handeln, auch im Verhältnis zu einer eidgenössischen. Kraft Organisationsrecht im Bund wird die PA kein Ermessen üben dürfen, wenn der Antrag von einer übergeordneten Instanz stammt.

[17] Die Einschränkung, dass der Verfolgte sich in der Schweiz aufhalten müsse, war in Art. 15 al. 4 EExKo noch gesetzlich festgehalten. Wie mir Dr. C. Markees freundlicherweise mitteilte, soll das Erfordernis in die VVo aufgenommen werden. Vgl. auch BBl *1976* II 459.

Der Rechtsschutz des Verfolgten wird dadurch nicht eingeschränkt. Der verhaftete Angeschuldigte kann gegen seine Auslieferung selbständig Beschwerde führen und in diesem Rahmen die Voraussetzungen der Zusammenarbeit überprüfen lassen. Zu beachten ist auch Art. 32 al. 2, der auch in bezug auf die Übertragung der Strafverfolgung im Rahmen von Art. 85 lit. b gilt.

[18] Das ist deshalb zu betonen, weil gegen die Würdigung der PA unter dem Gesichtspunkt von Art. 26 al. 1 (vgl. Art. 14 lit. f) sonst nur die Verwaltungsbeschwerde möglich ist.

[1] Anders Art. 22 und 26 II KÜStrV.

Die Einstellung des schweizerischen Verfahrens fällt dahin, sobald der ersuchte Staat notifiziert hat, er sei nicht in der Lage, das Verfahren zu Ende zu führen. Als mögliche Gründe seien genannt der Widerruf der Annahmeerklärung wegen Irrtums, der Flucht des Verfolgten oder Wegfalls anderer Voraussetzungen der Übernahme und die Mitteilung, die Strafverfolgung habe aus formellrechtlichen Gründen eingestellt werden müssen[2].

Die inländische Strafverfolgungsbehörde hat nun ihrerseits über das Schicksal des eigenen Verfahrens zu entscheiden. Sie kann es wegen der Abwesenheit des Verfolgten eingestellt lassen oder es endgültig abschliessen, weil der formellrechtliche Einstellungsgrund auch in der Schweiz beachtlich ist[3].

II. Die Anerkennung der im ersuchten Staat bewirkten materiellrechtlichen Erledigung der Strafsache (Art. 86 al. 1 lit. b)

Die Einstellung der schweizerischen Strafverfolgung wird definitiv, wenn im ersuchten Staat die Strafsache materiellrechtlich abgeschlossen worden ist: Wenn das Verfahren mit einem rechtskräftigen Freispruch geendet, der Richter auf die Verhängung einer Sanktion endgültig verzichtet oder der Verurteilte sich während der Probezeit wohlverhalten hat oder wenn die Strafe oder Massnahme vollzogen worden ist[4]. Anerkannt werden soll auch die im ersuchten Staat verfügte Begnadigung des Täters[5]. Zu beachten ist nicht nur das freisprechende Urteil, sondern jede auf materiellrechtlichen Gründen beruhende Einstellung des Verfahrens[6].

Die Wirkungen von Art. 86 al. 1 lit. b gehen besondern Vorschriften über den Einfluss ausländischer Strafverfolgung auf die Ausübung unabhängiger Zuständigkeiten der Schweiz[7] vor. Diese bleiben anwendbar, wenn das Verfahren im Ausland nicht auf Ersuchen der Schweiz geführt worden ist.

[2] BBl *1976* II 469, B 71; vgl. auch § 3 III 1 b und c.

[3] Die umstrittene rechtliche Natur gewisser Institute spielt dann keine Rolle, wenn die Verfolgung eingestellt wurde, weil Voraussetzungen der Strafverfolgung nach schweizerischem Recht fehlen. Denn ohne sie ist ein Verfahren in der Schweiz auch unmöglich.

[4] BBl *1976* II 469, B 71. Zum Eintritt der Verjährung nach dem Recht des ersuchten Staats: § 3 III 1 b bb.

[5] Ursprünglich behielt VE PA 54 al. 5 das Recht der Schweiz zur Begnadigung (und Rehabilitation) vor (vgl. Prot. 964 und BBl *1976* II 469). Nach allgemeiner Lehre wäre die Schweiz hiezu ohne ausdrückliche Bestimmung befugt und der Akt bände die Behörden des ersuchten Staates wegen Wegfalls der Strafpflicht. Fraglich ist nur, ob die Schweiz in die fremde Strafrechtspflege eingreifen wird und will; denn es ginge um den Erlass einer ausländischen Strafe oder deren Milderung (vgl. Art. 396 StrGB). Vorzuziehen ist ein Verfahren im ersuchten Staat, in welchem auch die zuständige schweizerische Behörde angehört werden sollte. Vgl. § 3 IV 1 b und 2 c.

[6] B 71, BBl *1976* II 469. Die Unterscheidung formellrechtliche bzw. materiellrechtliche Einstellung ist praktisch nicht sehr wichtig (vgl. § 12 Anm. 3). Bedeutsam ist einzig, dass die Einstellung des Verfahrens mit der Begründung, der Angeschuldigte könne die Tat nicht begangen haben, als materiellrechtliche unmittelbar anerkannt wird.

[7] Dazu: SCHULTZ, Einführung I 94ff.